

Walter Nunes da Silva Júnior

REFORMA TÓPICA DO PROCESSO PENAL

Inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)

4^a Edição - revista, ampliada e atualizada



REFORMA TÓPICA DO PROCESSO PENAL:

inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)

Walter Nunes da Silva Júnior

Mestre e Doutor em Direito; Ex-Promotor de Justiça; ex-Juiz de Direito; ex-Procurador da República; Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, da Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, da Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – ESMAFE e da Escola Nacional de Magistratura – ENFAM; membro do Conselho Científico da Revista Constituição e Garantia de Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, do Conselho Editorial da Revista Jurídica In Verbis dos Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, do Conselho Editorial da Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte e do Conselho Editorial da Revista Direito e Liberdade da Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte; do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Execução Penal – RBEP; membro do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (1993/1995); Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe, (2006/2008); Juiz Auxiliar da Presidência e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – STJ, (fev./jun. de 2009); Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no biênio julho/2009 a julho/2011; Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho Nacional de Justiça – DMF, (2010/2011); Conselheiro da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM (2013/2015); membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte – ALEJURN; Conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP; Coordenador-Geral do Fórum do Sistema Penitenciário Federal; Juiz Federal e Corregedor do Presídio Federal em Mossoró/RN.

REFORMA TÓPICA DO PROCESSO PENAL:

inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)

4ª Edição

Revista, ampliada e atualizada



Copyright © 2022 by Walter Nunes da Silva Júnior
All rights reserved.

OWL – EDITORA JURÍDICA

Rua Princesa Isabel, 888, Cidade Alta
Natal-RN
Brasil
CEP 59.025-400.
editora@owl.etc.br • www.owl.etc.br

CONSELHO EDITORIAL

Carlos Wagner Dias Ferreira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Francisco Barros Dias
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Hallyson Rêgo Bezerra
Marcelo Alves Dias de Souza
Marcelo da Costa Pinto Neves
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Maria dos Remédios Fontes Silva
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
Paulo Afonso Linhares
Walter Nunes da Silva Júnior

Silva Júnior, Walter Nunes da. 1963-

Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 4ª ed. / Walter Nunes da Silva Júnior – Natal : OWL, 2022.
649p.

ISBN: 9798437230985

1. Processo penal.

A Arthur, pelo amor que nos une, fundamental,
assim como em outras ações, para a elaboração deste livro.

A Aline, simplesmente por tudo.

Agradecimentos

A todos os servidores da Segunda Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, cuja dedicação, garra e inteligência na prestação de serviço funcional qualificado e proficiente incentivaram este livro, em especial a José Maurício Costa, Supervisor do Setor de Juizado Especial, pela cooperação de sempre, Erielson Leite, Supervisor da Seção Criminal, pelas constantes trocas de ideias sobre a forma mais eficiente e razoável de aplicação das novas regras do processo penal, e a Asilvan Moreira e Sérgio Giordano, auxiliares de grande saber jurídico, que sabem aliar a doutrina à realidade prática, pela leitura e releitura dos originais e pelas correções e sugestões ao texto.

Ao Juiz de Direito na Paraíba, Rúsio Lima, que, com o seu talento e experiência na presidência de julgamentos pelo tribunal do júri, leu e deu sugestões quanto à parte do livro referente a essa matéria.

A Patrícia Galdino, Diretora de Secretaria da Segunda Vara da Justiça Federal, mentora intelectual dos quadros sinóticos e dos fluxogramas, que deram uma qualidade toda especial ao livro.

Aos colegas juízes federais associados à Ajufe, que participaram ativamente dos debates sobre a reforma do processo penal, especialmente a Hallison Rêgo, juiz federal na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, com quem troquei várias ideias expendidas no livro.

Aos meus alunos da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, que durante o segundo semestre do ano de 2008, durante as aulas da disciplina Direito Processual Penal I, enriqueceram, com as suas perguntas e colocações, as muitas reflexões aqui esposadas, além de exercerem estímulo permanente para a elaboração deste livro.

A minha família, especialmente meus sobrinhos Cíntia e Victor, cujos primeiros passos no universo jurídico me incentivam a fazer o que o meu pai faria, caso não tivesse sido escolhido por Deus para desempenhar outra missão.

Sumário

Prefácio	15
Nota à 2ª edição	19
Nota à 3ª edição	21
Nota à 4ª edição	23
Introdução	25
1. Movimento reformista do processo penal	33
1.1. Reformas processuais penais na América Latina	34
1.2. Resgate das origens do processo penal, sob a orientação dos direitos fundamentais.....	34
2. Escorço histórico do processo penal no Brasil	37
2.1. Predominância da filosofia liberal beccariana na feitura do Código de Processo Criminal de 1832	39
2.2. Perfil antidemocrático e policialesco do Código de Processo Penal de 1941	40
3. Movimento reformista no Brasil	43
3.1. Necessidade de uma reforma global do Código de Processo Penal	44
3.2. Método escolhido para a reforma global	45
3.2.1. Críticas ao método da reforma tópica.....	47
3.2.2. Aspectos centrais da reforma tópica/global do Código de Processo Penal	52
3.2.2.1. Democratização do processo penal, alinhando-o à proteção dos direitos fundamentais, nos termos da Constituição.....	53
3.2.2.2. Desconstrução do sistema misto, com conseqüente sedimentação do sistema acusatório, com todos os seus corolários lógicos: o juiz é o garantidor do processo e o Ministério Público assume definitivamente o papel de <i>dominus litis</i> da ação penal de iniciativa pública	54
3.2.2.3. Duração razoável do processo	56
3.2.2.3.1. Duração razoável do processo no procedimento ordinário	59
3.2.2.3.2. Duração razoável do processo no procedimento sumário	61
3.2.2.3.3. Duração razoável do processo no procedimento relativo ao tribunal do júri	62
3.2.2.4. Defesa efetiva e interrogatório no contexto do princípio da ampla defesa	64
3.2.2.5. Simplificação do processo, com plena adoção do princípio da oralidade, com a documentação dos atos praticados em audiência sem a necessidade de transcrição, e concentração dos atos processuais.....	64
3.2.2.6. Maior proteção e assistência ao ofendido e satisfação de seus interesses, especialmente quanto à indenização dos danos, e igualmente os interesses do investigado ou acusado, com base na ideia da justiça restaurativa.....	65
3.2.2.7. Prisão processual como exceção, com a previsão de medidas cautelares diversas da prisão e redefinição do papel da fiança	68
3.3. Projeto de novo código de processo penal	69
3.4. Aplicação da lei processual penal no tempo.....	71
4. Princípios fundamentais do processo criminal	75
4.1. Distinção ontológica entre a teoria do processo criminal e a teoria do processo civil.....	78
4.2.1. Princípio do devido processo legal/criminal	85

4.2.2. Princípio da presunção de inocência e princípio da presunção de não culpabilidade.....	90
4.2.3. Princípio acusatório.....	94
4.2.4. Princípio da inviolabilidade da intimidade	99
4.2.5. Princípio da ampla defesa	104
4.2.6. Princípio da liberdade	107
5. Persecução Criminal.....	113
5.A. Persecução criminal na fase investigatória.....	119
5.A.1. A investigação no modelo do CPP de 1941	122
5.A.2. Atuação do juiz na investigação e teoria da dissonância cognitiva.....	125
5.A.3. Juiz das garantias para assegurar a imparcialidade do juiz e o controle de legalidade da investigação.....	127
5.A.4. Investigação defensiva	131
5.A.5. Alterações no procedimento investigatório.....	132
5.A.5.1. Identificação criminal e coleta de perfil genético	135
5.A.5.2. Acesso a dados e captação de sons e imagens	139
5.A.5.3. Infiltração presencial e virtual de agentes	143
5.A.5.4. Conclusão e arquivamento do inquérito policial.....	145
5.B. Persecução criminal na fase processual.....	148
5.B.1. Juiz das garantias na fase processual.....	149
5.B.2. Juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal.....	151
5.B.3. Considerações sobre os procedimentos processuais.....	154
5.1. Procedimento ordinário.....	157
5.1.1. Sistema acusatório e ação penal.....	159
5.1.1.1. Conceito de ação penal.....	164
5.1.1.2. Requisitos da ação penal	167
5.1.1.3. Legitimidade para pedir fixação de valor mínimo para indenização pelos danos causados	168
5.1.1.4. Justiça negocial e medidas restritivas	170
5.1.1.4.1. Transação	177
5.1.1.4.1.1. Requisitos da transação, medidas restritivas admissíveis, a proposta ou recusa justificada da transação como pressuposto de admissibilidade da ação penal e a homologação judicial.....	180
5.1.1.4.1.2. Direito subjetivo do autor do fato de ter a sua conduta despenalizada por meio da transação, quando satisfeitas as condições previstas na lei.....	183
5.1.1.4.2. Colaboração premiada.....	187
5.1.1.4.2.1. Delação ou colaboração premiada: colaboração com a sociedade como forma de defesa.....	188
5.1.1.4.2.2. Aspectos relevantes da colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850, de 2013	193
5.1.1.4.3. Acordo de Não Persecução Penal – ANPP	200
5.1.1.4.3.1. Requisitos do ANPP.....	202
5.1.1.4.3.2. Condições ou medidas restritivas impostas no ANPP	206
5.1.1.4.3.3. Vedações ao ANPP	207
5.1.1.4.3.4. Fase extraprocessual do ANPP	209
5.1.1.4.3.5. Fase processual do ANPP: a proposta ou recusa justificada do ANPP como pressuposto de admissibilidade da ação penal e a homologação judicial.....	211
5.1.1.4.3.6. Efeitos da homologação do ANPP	218
5.1.1.4.4. Suspensão condicional do processo	219
5.1.1.4.4.1. Requisitos e condições ou medidas restritivas que podem ser estabelecidas para a suspensão do processo.....	220
5.1.1.4.4.2. Proposta ou recusa justificada da suspensão do processo como pressuposto de	

admissibilidade da ação penal e homologação judicial.....	223
5.1.2. Juízo de rejeição liminar da ação penal (art. 395).....	224
5.1.2.1. Pressupostos processuais relativos ao juízo de admissibilidade da ação e à constituição e ao desenvolvimento válido do processo.....	226
5.1.2.2. Inépcia da inicial e justa causa.....	230
5.1.3. Juízo de admissibilidade da ação penal.....	231
5.1.4. Chamamento do acusado para responder a imputação.....	233
5.1.4.1. Citação por edital e suspensão do processo.....	234
5.1.4.2. Citação por hora certa.....	236
5.1.4.3. Formação do processo.....	238
5.1.4.4. Suspensão do processo em razão da revelia e prisão preventiva.....	239
5.1.5. Princípio da ampla defesa.....	243
5.1.5.1. Defesa efetiva do acusado.....	246
5.1.5.2. Prazo para o oferecimento da resposta.....	250
5.1.5.3. Obrigatoriedade da resposta do acusado, por meio de advogado.....	252
5.1.5.4. Forma e prazo para apresentar as exceções.....	253
5.1.5.5. Abandono da causa pelo advogado.....	254
5.1.5.6. Procuração outorgada ao advogado.....	255
5.1.5.7. Direito de audiência (direito ao interrogatório).....	255
5.1.5.8. Direito à identidade física do juiz.....	257
5.1.5.9. Interrogatório como direito facultativo, não podendo o acusado ser obrigade a exercê- lo: vedação da condução coercitiva e revogação do art. 260 do CPP.....	260
5.1.5.10. Interrogatório por carta precatória.....	264
5.1.5.11. Sistema do interrogatório.....	266
5.1.5.12. Interrogatório por videoconferência.....	267
5.1.6. Impugnação das preliminares e documentos.....	270
5.1.7. Decisão sobre o pedido de absolvição sumária.....	271
5.1.7.1. Natureza jurídica da decisão exarada às matérias suscitadas na resposta do acusado e prazo.....	275
5.1.7.2. Saneamento do processo.....	276
5.1.7.3. Decisão sobre as provas ilícitas.....	276
5.1.8. Das provas.....	278
5.1.8.1. Princípios gerais da prova.....	280
5.1.8.2. Inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos (teoria da <i>exclusionary rule</i>).....	286
5.1.8.2.1. Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no ordenamento jurídico brasileiro.....	288
5.1.8.2.2. Inadmissibilidade das provas ilícitas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.....	289
5.1.8.2.3. Regras de exclusão adotadas pelo Código de Processo Penal.....	290
5.1.8.2.3.1. Falta de nexo de causalidade entre a prova originária ilícita e a derivada, quando esta não decorre exclusivamente daquela.....	294
5.1.8.2.3.2. Fonte independente da prova derivada (<i>independent source</i>).....	295
5.1.8.2.3.3. Descobrimto inevitável da prova derivada (<i>inevitable discovery</i>).....	298
5.1.8.2.4. Outras regras de exclusão.....	302
5.1.8.2.4.1. Prova benéfica em prol do acusado.....	303
5.1.8.2.4.2. Princípio da proporcionalidade ou <i>balancing test</i>	305
5.1.8.2.4.3. Boa-fé (<i>good faith</i>).....	307
5.1.8.2.4.4. <i>Plain view doctrine</i> e os campos abertos.....	310
5.1.8.2.4.5. Destruição da mentira do acusado.....	311
5.1.8.2.4.6. Teoria do risco.....	312
5.1.8.2.5. Inutilização da prova por decisão judicial: momento da decisão.....	317

5.1.8.2.6. Impedimento do juiz	318
5.1.8.3. Prova pericial	318
5.1.8.3.1. Número de peritos	322
5.1.8.3.2. Assistente técnico.....	323
5.1.8.4. Ofendido.....	324
5.1.8.5. Testemunha	328
5.1.8.5.1. Sistema do <i>cross examination</i> ou das perguntas diretas	330
5.1.8.5.2. Separação das testemunhas	333
5.1.8.5.3. Inquirição por videoconferência, precatória e rogatória	333
5.1.8.5.4. Número de testemunhas	338
5.1.8.6. Acareação	339
5.1.8.7. Reconhecimento de pessoas e coisas	340
5.1.9. Audiência de instrução e julgamento e duração razoável do processo	343
5.1.9.1. Audiência una de instrução e julgamento	345
5.1.9.1.1. Audiência una em dias sucessivos	348
5.1.9.1.2. Documentação da audiência e sistema audiovisual	349
5.1.9.1.3. Teleaudiência ou audiência no modo remoto.....	352
5.1.9.2. Adiamento da audiência em razão de impossibilidade da presença do advogado	353
5.1.9.3. Ordem de inquirição das testemunhas.....	354
5.1.9.4. Alteração da ordem de inquirição das testemunhas, devido ao não comparecimento de testemunha arrolada pelo Ministério Público.....	356
5.1.9.5. Requerimento de diligências em audiência.....	357
5.1.9.6. Alegações finais	358
5.1.9.7. Modificação da imputação feita na denúncia (<i>mutatio libelli</i>).....	359
5.1.9.8. Sentença	361
5.1.9.8.1. Ressarcimento de danos como efeito da sentença condenatória.....	365
5.1.9.8.2. Princípio da correlação entre a sentença e a ação penal (<i>emendatio libelli</i>).....	370
5.1.9.8.3. Prisão (preventiva) com a sentença condenatória	374
5.1.9.8.3.1. Necessidade de fundamentação da prisão preventiva ou da medida cautelar diversa imposta com a sentença recorrível ou, se for o caso, da sua manutenção	381
5.1.9.8.3.2. Direito de recorrer, independentemente do recolhimento à prisão	382
5.1.9.8.4. Elementos da sentença absolutória.....	385
5.1.9.8.5. Efeitos civis da sentença absolutória.....	388
5.2. Procedimento sumário.....	388
5.3. Principais modificações ao procedimento do tribunal do júri.....	389
5.3.1. Primeira fase.....	401
5.3.1.1. Pronúncia.....	403
5.3.1.1.1. Prisão com a decisão de pronúncia	405
5.3.1.1.2. Intimação da decisão de pronúncia	405
5.3.1.2. Impronúncia	406
5.3.1.3. Absolvição sumária.....	406
5.3.1.4. Recurso.....	408
5.3.2. Segunda fase.....	409
5.3.2.1. Alistamento dos jurados.....	409
5.3.2.2. Desaforamento	409
5.3.2.3. Organização da pauta	410
5.3.2.4. Sorteio e convocação dos jurados	410
5.3.2.5. Função do jurado.....	411
5.3.2.6. Instrução plenária	412
5.3.2.7. Debates.....	413
5.3.2.8. Redação e votações dos quesitos.....	415
5.3.2.9. Sentença	418

5.3.2.10. Protesto por novo júri	419
6. Liberdade e medidas cautelares.....	421
6.1. Princípios e regras gerais aplicáveis às medidas cautelares pessoais detentivas ou diversas da prisão.....	432
6.1.1. Princípio do contraditório.....	434
6.1.2. Princípio da fungibilidade	436
6.1.3. Cumulação das medidas cautelares diversas da prisão.....	440
6.1.4. Princípio da excepcionalidade (requisitos) das medidas cautelares	441
6.1.5. Princípio da subsidiariedade prisão processual	442
6.1.6. Requisitos ou pressupostos (<i>fumus boni iuris</i> ou <i>fumus commissi delicti</i>), fundamentos (<i>periculum in mora</i> ou <i>periculum libertatis</i>) e critérios para a definição da medida cautelar adequada	443
6.1.6.1. Requisitos ou pressupostos (<i>fumus boni iuris</i> ou <i>fumus commissi delicti</i>) para a decretação da medida cautelar pessoal	445
6.1.6.2. Fundamentos quanto à necessidade da decretação de medida cautelar pessoal	448
6.1.6.2.1. Necessidade para a aplicação da lei penal.....	453
6.1.6.2.2. Necessidade para a investigação ou instrução criminal	457
6.1.6.2.3. Necessidade para evitar a prática de infrações ou assegurar a manutenção da ordem pública ou econômica	459
6.1.6.3. Critérios para definição (adequação) da medida cautelar pessoal.....	462
6.1.7. Princípio acusatório e legitimidade para o requerimento de medida cautelar pessoal	463
6.1.7.1. Medida cautelar incidental	464
6.1.7.2. Medida cautelar preparatória.....	467
6.1.7.3. Ofendido (Assistente).....	468
6.1.8. Crimes nos quais cabível a medida cautelar pessoal	472
6.2. Medida cautelar detentiva: detenção/prisão em flagrante e prisão processual no direito constitucional.....	472
6.2.1. Tratamento constitucional à prisão processual no direito comparado.....	474
6.2.2. Sistema prisional no direito constitucional brasileiro	477
6.2.3. Prisão no código de processo penal.....	479
6.2.4. Detenção/prisão em flagrante: natureza jurídica	481
6.2.4.1. Procedimento da detenção/prisão em flagrante	489
6.2.4.1.1. Recolhimento em separado do detido em flagrante	491
6.2.4.1.2. Comunicação imediata ao juiz, à família ou pessoa indicada pelo detido	494
6.2.4.1.3. Comunicação imediata ao Ministério Público.....	498
6.2.4.1.4. Envio do auto de prisão em flagrante	500
6.2.4.1.5. Decisão judicial	504
6.2.4.1.5.1. Audiência de apresentação (custódia): contraditório e oralidade.....	509
6.2.4.1.5.2. Direito ao relaxamento da prisão.....	512
6.2.4.1.5.3. Conversão da detenção/prisão em medida cautelar (medidas cautelares diversas ou prisão processual)	515
6.2.4.1.5.4. Liberdade provisória, com ou sem fiança.....	519
6.2.4.2. Vedação da liberdade provisória	523
6.2.5. Prisão preventiva	528
6.2.5.1. Hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva	532
6.2.5.1.1. Crimes dolosos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos	534
6.2.5.1.2. Condenação em outro crime doloso	536
6.2.5.1.3. Crime envolvendo violência doméstica e familiar	537
6.2.5.1.4. Dúvida sobre a identidade civil	539
6.2.5.1.5. Crime praticado por parlamentar no exercício do cargo	541
6.2.5.2. Prisão domiciliar (art. 317 do CPP).....	547

6.2.5.2.1. Requisitos para a prisão domiciliar (art. 318 do CPP).....	550
6.2.5.2.1.1. Idade.....	551
6.2.5.2.1.2. Doença grave e saúde extremamente debilitada	552
6.2.5.2.1.3. Assistência familiar e social.....	553
6.2.5.2.1.4. Mulher gestante.....	555
6.2.5.2.2. Prisão domiciliar em razão da ausência de estabelecimento ou local distinto para o cumprimento de prisão especial: prisão em sala de Estado-Maior	557
6.2.5.3. Prazo da prisão preventiva (duração razoável)	558
6.2.6. Prisão temporária	569
6.2.6.1. Hipóteses de admissibilidade da prisão temporária	573
6.2.6.2. Prazo e prorrogação da prisão temporária (duração razoável).....	577
6.2.7. Distinções entre a prisão temporária e a preventiva.....	581
6.2.8. Ressarcimento por dano decorrente de prisão indevida.....	583
6.2.9. Cumprimento do mandado de prisão (arts. 288, §2º, 289 e 299).....	588
6.2.9.1. Cumprimento do mandado de prisão quanto ao dia, hora e o lugar.....	589
6.2.9.2. Cumprimento de mandado de prisão de agente fora da jurisdição do juiz processante	591
6.2.9.3. Banco Nacional de Medidas Penais de Prisões (BNMP 3.0).....	594
6.2.9.4. Banco nacional de dados sobre as medidas cautelares diversas da prisão	600
6.3. Medidas cautelares diversas da prisão	601
6.3.1. Espécies de medidas cautelares diversas no Código de Processo Penal (art. 319).....	604
6.3.1.1. Comparecimento periódico em juízo	605
6.3.1.2. Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares	606
6.3.1.3. Proibição de manter contato com pessoa determinada	610
6.3.1.4. Proibição de ausentar-se da comarca	612
6.3.1.5. Recolhimento domiciliar.....	614
6.3.1.6. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira	615
6.3.1.7. Internação provisória de inimputável ou semi-imputável.....	620
6.3.1.8. Monitoração eletrônica.....	622
6.3.1.9. Fiança	626
6.3.1.9.1. Conceito e espécies de fiança.....	628
6.3.1.9.2. Hipóteses para a decretação da fiança.....	630
6.3.1.9.3. Inadmissibilidade da fiança.....	631
6.3.1.9.4. Competência para a concessão da fiança	633
6.3.1.9.5. Critérios para fixação do valor da fiança	634
6.3.1.9.6. Quebra da fiança e consequência	636
6.3.1.9.7. Perda da fiança e consequência.....	637
6.3.1.9.8. Destino da fiança.....	637
6.3.2. Detração penal em relação às medidas cautelares diversas da prisão	638
Referências Bibliográficas.....	641

Prefácio

Apresentar aos leitores uma visão de qualquer obra técnica constitui sempre cogitação quase tão complexa quanto concebê-la e escrevê-la.

No caso, são diversas as considerações que o assunto sugere, e até reclama, em face da importância e consequências das alterações legislativas ao propósito das reformas recentemente efetuadas no Código de Processo Penal que Walter Nunes da Silva Junior, magistrado e professor, vem de examinar em livro cujo título, significativamente, é *Reforma Tópica do Processo Penal*: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime de provas e principais modificações do júri, o qual ora oferece à comunidade jurídica.

Desde a situação histórica da evolução das propostas legislativas exposta com minúcia e exata visualização do momento político correspondente capaz de melhor fazer compreender as peculiaridades autoritárias do modelo adotado no Código de Processo Penal de 1941 até a descrição crítica dos projetos agora transformados em lei no final do ano passado, o texto discorre com inteligência e erudição jurídica sobre o alcance e abrangência das novidades.

Para bem compreender o alcance delas, primeiro, é bem de ver que as proposições originárias — veiculadas pelos Projetos de Lei 4.203 a 4.209 (alguns ainda em fase de discussão parlamentar) em numeração sucessiva e referindo diversos temas do processo penal — até mesmo pela composição do grupo de juristas redatores, tiveram manifesta inspiração no processo civil como um espelho penal da bem-sucedida reforma civilista dos anos 70.

Mesmo que a identificação dessas origens faça os processualistas do penal temer, com razão, uma equalização considerada irracional, o resultado das discussões parlamentares acabou por contribuir com vantagem — ao menos como resposta às exigências da modernidade necessária — na reconstrução da estrutura e da dinâmica de um processo penal orientado para a célere e efetiva aplicação da lei criminal sem prejuízo do respeito a todas as garantias e direitos individuais previstos na Constituição.

Mas não se deve cair na tentação de confundir a apreciação crítica da obra com a apreciação crítica do assunto que ela versa e, sobretudo, com as críticas possíveis ao tratamento legislativo que ela examina.

Daí por que, a despeito de controvérsias doutrinárias, por exemplo, em temas como: a) atos judiciais a serem praticados a distância ou por videoconferência; b) juízos de admissibilidade da ação penal ou sua extinção precoce por absolvição sumária “conforme o estado do processo”; c) audiência única e concentrada; ou, então, apesar de discussões relacionadas com críticas ao excessivo privatismo nos juízos formais de produção de provas, nos ritos, na regulamentação da defesa, o precioso esforço de Walter de interpretação e reavaliação de seus termos economiza para o leitor o difícil trabalho de decantação dos conceitos estranhos ao processo penal tradicional assim como revela, numa sistematização criativa, a pacificação das eventuais perplexidades civilistas convertendo-as em leitura aceitável para os penalistas e processualistas do penal.

Talvez por isso o mérito maior da obra tenha sido revelar com inteligência a façanha do legislador, com todas essas possíveis ressalvas críticas em contrário, ao formatar, dentro do conjunto legislativo “autoritário”, “fascista” e “burocrático” que lhe serviu de berço, um quadro de institutos processuais vocacionado para a convivência democrática e obediente aos estatutos de direitos fundamentais da pessoa humana.

Em outros termos — como o belo trabalho do autor mostra —, apesar das origens do sistema do CPP, seja pelo respeito absoluto ao contraditório e ao direito de defesa em sua amplitude mais dilatada com regras específicas de obediência capital, seja pela rigorosa extração constitucional e aplicação radical dos mecanismos do devido processo legal, a convicção do

intérprete e do aplicador pode e deve convergir no rumo do processo democrático, célere, justo e preciso.

Parece extraordinário que no mesmo normativo possam conviver regras nascidas do período autoritário e antidemocrático da “ditadura Vargas” com a sofisticada disciplina do regime da prova a excluir qualquer delas cuja origem se manifeste como prova ilícita “*fruto da árvore envenenada*”.

Aliás, é perfeita a reconstituição que faz o autor da vacilante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, desde o exame de um dos paradigmas mais assinalados (o HC 69.912/RS, cujo julgamento inicial pelo indeferimento da ordem contra o réu em 30.06.1993, depois — reconhecida a contaminação de toda a prova pela ilícita escuta telefônica — foi, por admissão da nulidade do anterior na renovação do julgamento, em 16.12.1993, deferida por empate na votação) até os julgados mais recentes.

A refinada incursão pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, de resto uma constante nas análises ricamente desenvolvida pelo experiente magistrado¹, confirma a cuidadosa resenha dos temas em exame a mostrar ainda que em todos os pontos abordados a obra transpira precisão e excelência.

Neste delicado tema, entre nós, prevaleceu a solução da Lei nº 11.690, de 30 de junho de 2008, incluindo no texto do artigo 157 e parágrafos do CPP a disciplina específica na qual, contudo, foi afastada, por veto presidencial, a cláusula de exclusão total como previa o projeto enviado à sanção², a orientar agora o intérprete no sentido de que a contaminação da prova ademais de não afastar o juiz que dela conheceu também não faz dela causa de exclusão total (§§ 1º e 2º do referido artigo).

Outra inovação que o autor explora com muita atenção está na produção da prova testemunhal que é o coração da prova criminal. Com efeito, dá o texto a ênfase necessária à *cross examination* como técnica muito mais apurada de coleta dos depoimentos assim como ao cuidado que o texto legal agora dispensa aos comportamentos e procedimentos correspondentes em júízo ou fora dele, reconhecendo a sua real e vital importância para a boa edição do veredicto e a justa aplicação da lei penal.

O autor também consegue sublinhar com o devido realce a extraordinária importância desse momento do processo penal onde o cruzamento crucial de interesses da acusação e defesa tem de ser administrado concomitantemente ao rigor da apuração dos delitos, mas com escrupulosa obediência aos princípios constitucionais.

O trabalho desenvolve também com invejável acuidade um juízo crítico sobre as quase sempre inevitáveis incongruências entre o texto (reformado) codificado e a legislação extravagante que inobstante remanesce esparsa em diferentes campos de disciplina a suscitar dificuldades de toda a ordem para o aplicador do código.

Nesse sentido, é muito oportuna a composição de quadros sinópticos para melhor descrever a topologia das disposições e seu enlaçamento com outras, ou para desenhar com singeleza sua dinâmica e funcionamento.

Como obra destinada aos aplicadores da nova legislação fica-lhe bem a figuração gráfica das assertivas de modo a facilitar a compreensão das novidades e, sobretudo, das eventuais dificuldades e aparentes contradições naturalmente resultantes da reforma.

Por fim, são extremamente oportunas as considerações sobre as muitas alterações do procedimento do tribunal do júri, espécie de tema sempre distante para a grande maioria dos juízes

¹ A busca dos precedentes da Suprema Corte americana no livro pode ser completada com a indicação do julgamento, em 14 de janeiro deste ano de 2009, do caso *Herring x United States* que versava justamente a aplicação da *exclusionary rule* em virtude da prisão do defendente por força de ordem pendente na base dados da polícia — fato depois verificado não verdadeiro porque não baixado oportunamente — de que resultou busca pessoal e a apreensão de arma e drogas pelos quais então foi condenado. A Corte entendeu, por maioria (5x4) que não teria havido uso abusivo ou ilícito da prova pelo oficial de polícia a justificar a cláusula de exclusão da prova. (*US Supreme Court opinions*, acesso na internet em 15 de janeiro 2009).

² “§ 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” (NR)

e advogados que dele não tratam no cotidiano.

Aqui, a obra oferece ao leitor uma visão em bom resumo das inovações e não desdenha o detalhe e os muitos ajustamentos que a praxe ensinou, do mesmo modo que a sua repercussão para as partes e para a sociedade no dia a dia forense.

Ao saudar a qualidade das opiniões e ideias expostas em linguagem fácil e elegante neste livro pioneiro que tenho a honra de recomendar aos estudiosos, quero assinalar principalmente o valor da iniciativa do autor — certamente realizada com sacrifício de outros interesses pessoais ou familiares — quer em benefício das letras jurídicas quer em favor da melhor e mais rápida absorção dos institutos recém-implantados por todos os profissionais militantes.

Brasília (DF), 2 de fevereiro de 2009.

Ministro Gilson Dipp
Superior Tribunal de Justiça
Corregedor Nacional de Justiça

Nota à 2ª edição

Eis a 2ª edição do livro, substancialmente revisada, ampliada e atualizada. Seguindo a ideia de apresentar estudo sistemático das profundas alterações promovidas no Código de Processo Penal, inserimos na obra o exame sobre a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que trouxe alterações relativas à prisão processual, fiança, liberdade provisória e acrescentou as cautelares diversas da prisão. O título do livro agora é *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*.

A parte referente às medidas cautelares acrescentada, pela extensão, poderia ter sido objeto de livro específico, mas comprometeria a visão global da Reforma Tópica que, infelizmente, não se encerrou, pois ainda falta a aprovação dos Projetos de Lei nºs 4.209/2001 e 4.206/2001, respectivamente, referentes à investigação e aos recursos e às ações autônomas de impugnação. Ademais, com a aprovação da Lei nº 12.403, de 2012, necessariamente, tendo em conta a abordagem doutrinária sistêmica quanto à Reforma Tópica, houve a necessidade de agregar considerações sobre o que foi escrito na 1ª edição, sem embargo de menção à jurisprudência construída, nesse pequeno intervalo de tempo, a respeito das inovações promovidas no sistema processual.

No meu sentir, é difícil compreender as alterações promovidas pelas Leis nºs 10.792, de 2003, 11.689, de 2008, 11.690, de 2008, 11.719, de 2008, e 12.403, de 2012, sem que a análise seja feita em conjunto. Até porque, nada obstante a opção por uma reforma tópica ao invés da edição de um novo Código de Processo Penal, a intenção da Comissão de Reforma do Executivo, com os sete Projetos de Lei encaminhados ao Congresso Nacional, foi modificar todo o sistema processual criminal, da fase pré-processual à recursal; só não cuidou da execução penal.

Em razão do fracionamento da aprovação dos projetos, com considerável decurso de tempo entre as primeiras e a última, identificamos na Reforma Tópica do sistema processual penal duas fases: (a) a primeira, conduzida pelas Leis nºs 10.792, de 2003, e 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008; (b) a segunda, levada a efeito pela Lei nº 12403, de 2012.

Portanto, em homenagem ao leitor, foi mantida a metodologia de abordar as alterações sob a perspectiva do sistema processual, com o exame de todos os procedimentos ordinário, sumário e do tribunal do júri, o regime das provas e as medidas cautelares pessoais sob as perspectivas do modelo acusatório e das alterações principiológicas e normativas inerentes a um ordenamento jurídico adaptado ao perfil da Constituição de 1988, que tem como espinha dorsal os direitos fundamentais.

Quero agradecer as críticas e sugestões de vários colegas e alunos, muitas das quais foram incorporadas a esta 2ª edição. Em especial, quero agradecer a Rochester Araújo, Estagiário Docente da disciplina Direito Processual Penal I, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pela leitura e correção da parte referente à liberdade e às medidas cautelares pessoais, e a Patrícia Galdino, Diretora de Secretaria da Segunda Vara Federal na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, especializada em matéria criminal, pela elaboração do fluxograma do procedimento referente à detenção/prisão em flagrante.

Dedico esta 2ª edição a Aline, Arthur e aos meus pais, exemplos vivos de que amar é (saber) viver e que a vida é bela, só nos resta (saber) viver.

Natal (RN), 2 de julho de 2012.

Nota à 3ª edição

Finalmente, lanço a 3ª edição deste livro. Assim como na edição anterior, todo o livro foi revisado e atualizado. Praticamente todos os itens foram revisados, atualizado ou foram objeto de novas considerações, com o aporte de outras reflexões doutrinárias

Foi promovida a revisão da jurisprudência citada e a inclusão de diversos julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em relação aos temas abordados. Fez-se a atualização da obra quanto ao Novo Código de Processo Civil e às alterações normativas introduzidas no Código de Processo Penal e na legislação extravagante.

Dedico esta edição a minha mulher, Aline, e aos meus filhos, Arthur e Heloísa, que são, a um só tempo, princípio e fim de tudo o que diz respeito a minha vida.

Natal (RN), 18 de janeiro de 2019.

Nota à 4ª edição

Esta é a 4ª. edição deste livro, revista, ampliada e atualizada. Aliás, em verdade, o livro foi significativamente ampliado, pois, ademais de outras leis processuais penais editadas após a edição anterior, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 teve o condão de trazer alteração substancial no sentido da consolidação do sistema acusatório, a partir da fase investigatória.

As únicas partes do Código de Processo Penal não afetadas estruturalmente com as modificações introduzidas foram as referentes à competência e à fase recursal, levando aqui em consideração que a fase executória é tratada em diploma normativo específico, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que não é abordada neste livro. Essa temática pertinente à execução penal e as alterações promovidas é tratada no livro *Execução penal no sistema penitenciário federal*. Natal: OWL, 2020.

Em consequência, para além das alterações recentemente trazidas, sentiu-se a necessidade de incluir no livro os princípios fundamentais do processo penal que decorrem dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988, esmiuçando a distinção ontológica entre a teoria do processo criminal e a do processo civil.

Sem embargo disso, em consequência da força normativa dos direitos fundamentais e do instituto do juiz das garantias, foram expostos os fundamentos da persecução criminal, nas fases investigatória e processual, com realce à incorporação ao nosso modelo acusatório da ideia nuclear do chamado *sistema adversarial* estadunidense, com a adoção de institutos próprios da *justiça negocial*, por intermédio da transação, da suspensão condicional do processo, da colaboração premiada e, especialmente, do acordo de não persecução penal, o denominado ANPP, normatizado com a Lei nº 13.964, de 2019.

O ANPP, inovação alvissareira em nosso meio, seguramente, em pouco tempo, provocará mudança profunda de paradigma da justiça criminal. Certamente, diante da abrangência de sua aplicação, tudo indica que a maioria dos casos criminais será solucionada mediante esse instrumento de justiça negocial ou consensual, da forma como se observa no ambiente processual estadunidense.

Essa forma de *plea bargain* terá o condão de abreviar a finalização dos processos e diminuir a demanda perante o Judiciário, permitindo que os operadores jurídicos em geral, juizes, membros do Ministério Público e advogados, concentrem e guardem o fôlego para a instrução e julgamento dos processos referentes a crimes praticados com violência ou grave ameaça, ilícitos de base organizativa e casos em que são praticados vários crimes em concurso material.

Delitos patrimoniais sem violência ou grave ameaça, contra a administração pública, o sistema financeiro, tributários, crimes de licitação etc., mesmo quando em alguns casos forem cometidos em concurso, serão todos passíveis de solução consensual. Ou seja, sem a necessidade de acionar toda a engrenagem do Judiciário.

No desiderato de que essa transformação do modelo de prestação da atividade jurisdicional realmente se torne realidade, é imprescindível um olhar diferente para o problema penal e a compreensão da forma mais adequada de enfrentá-lo ou resolvê-lo. Os dogmas do sistema processual penal misto devem ser exorcizados.

A era agora é a do sistema acusatório, adornado por institutos negociais próprios do direito norte-americano, espécies do denominado *plea bargain*. O juiz tem de compreender essa nova realidade, desapegar-se da *cultura jurídica* do modelo que ficou no passado, e preparar-se para ser o agente transformador dessa mudança de paradigma.

A alteração normativa, mediante a criação do instituto jurídico pertinente, ilumina o caminho a ser percorrido. Entretanto, fica à mercê dos sujeitos processuais, notadamente do juiz,

a quem cabe a gestão do processo, a despeito do protagonismo reservado às partes em um sistema acusatório.

Nesse novo *standard judicial*, ao juiz é reservada especial atribuição no ANPP, cabendo-lhe escrutinar os acordos, no desiderato de assegurar a *paridade de armas* entre o Ministério Público e o investigado. Impedindo, assim, que este, diante da precária orientação de seu defensor, seja levado a realizar um negócio leonino.

Mereceu especial destaque as modificações albergadas pelo denominado *Pacote Anticrime* no pertinente ao instituto da prisão, notadamente quanto à vedação da sua decretação de ofício pelo juiz, ainda que na fase do processo, e a diferença entre a possibilidade de prorrogação e de renovação nonagesimal.

Dedico mais esta edição a minha mulher, Aline, e aos meus filhos, Arthur e Heloísa, razão maior de tudo o que faço e pretendo fazer; meu passado, presente e futuro.

Introdução

O Código de Processo Penal, editado pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, foi concebido em consonância com a ideia autoritária e policialesca da Constituição de 1937, a mais retrógrada de nossa história constitucional. A comissão criada pelo Presidente Getúlio Vargas, para cuidar da elaboração da nova legislação processual penal foi composta pelos renomados juristas Narcélio de Queiroz, Cândido Mendes, que foi substituído por Florêncio de Abreu, Viera Braga, Roberto Lyra e Nelson Hungria. A intenção perquirida com a nova codificação do sistema processual penal foi bem revelada na exposição de motivos, elaborada pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos. O propósito era eliminar aquilo que o Governo ditatorial de Vargas identificava como um *extenso catálogo de garantias e favores* conferidos aos acusados pelo Código de Processo Criminal de 1832, que fora concebido sob inspiração da filosofia liberal que se espalhou pelos continentes europeu e americano, a partir do pensamento difundido por Cesare Beccaria, por meio do livro *Dos delitos e das penas*.

Seguindo a linha do Código de Processo Penal italiano de 1930 de índole fascista, o Código de 1941, além de se apresentar mais como um *estatuto repressivo* do que como um *estatuto das liberdades*, com perfil nitidamente policialesco, concebeu um sistema processual marcadamente burocrático, com o viés inquisitivo bastante acentuado. Foi um Código que já nasceu velho e ultrapassado.

Por isso mesmo, a ideia da edição de outro Código é antiga. Após as várias alterações tópicas feitas ao Código de Processo Penal nas décadas de 50, 60 e no início da de 70, em 1975, o Executivo encaminhou ao Congresso Nacional um projeto de novo Código de Processo Penal, de autoria de Frederico Marques. Depois de várias tentativas, após várias modificações ao projeto original, o Governo reapresentou a proposta de novo Código. Somente conseguiu aprová-lo na Câmara Federal, em 1984, não sendo o projeto, porém, sequer, votado no Senado.

Em razão desse entrave político no Parlamento, o Executivo retirou a proposta de reforma global do Código de Processo Penal, nomeou outra comissão, presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sávio de Figueiredo Teixeira, adotando, como estratégia de política legislativa, a elaboração de vários anteprojetos de lei, pretendendo, com o conjunto da obra, imprimir uma reforma substancial e global. Ou seja, por meio de alterações tópicas, promover a edição de um novo sistema criminal.

Elaborados vários anteprojetos de lei pela comissão, mais uma vez, o Executivo pediu a retirada das propostas, a fim de aperfeiçoá-las, por meio de outra comissão. Finalmente, em dezembro de 2000, foram enviados para o Congresso Nacional sete anteprojetos de lei: (a) PL 4.203/2001, transformado na Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008 (tribunal do júri): vigência a partir de 10 de agosto de 2008; (b) PL 4.204/2001, transformado na Lei nº 10.792, de 2003 (Interrogatório e defesa efetiva), em vigor a partir da data de publicação; (c) PL 4.205/2001, transformado na Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 (Provas): vigência a partir de 10 de agosto de 2008; (d) PL 4.206/2001 (Recursos e ações de impugnação); (e) PL 4.207/2001, transformado na Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 (Suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e Procedimentos): vigência a partir de 23 de agosto de 2008; (f) PL 4.208/2001, transformado na Lei 11.403, de 4 de maio de 2011 (Prisão, medidas cautelares, fiança e liberdade): vigência a partir de 5 de julho de 2011; e (g) PL 4.209/2001 (Investigação criminal).

Como se observa, os sete anteprojetos elaborados pela Comissão de Reforma criada pelo Ministério da Justiça sugerem, ainda que por meio de reforma tópica, uma modificação ampla do Código de Processo Penal, mexendo em toda a sua estrutura, a partir da (a) investigação judicial, etapa anterior ao início da relação processual; passando pelas fases (b) postulatória, essencialmente

quanto ao exercício do direito de defesa; (c) instrutória, com nova disciplina sobre a prova; (d) decisória, com a previsão do julgamento antecipado e alterações em relação às sentença condenatória e absolutória, (e) recursal, com sensível mutação da sistemática vigente; assim como alvitra modificações para (f) as medidas cautelares pessoais e o sistema prisional.

Esses projetos de lei, assim como vários outros fundamentais para a adequação do Poder Judiciário ao perfil desenhado pela Constituição de 1988, ficaram emperrados no Congresso Nacional. Diante disso, os órgãos jurisdicionais estratégicos e diversos setores da sociedade civil, notadamente as entidades de classe da magistratura e do Ministério Público, iniciaram amplo movimento de sensibilização da necessidade de reformulação do nosso modelo de prestação de atividade jurisdicional, o que fomentou a formulação, no ano de 2004, do Pacto por um Judiciário mais Rápido e Republicano, assinado pelos Presidentes da República, do Senado, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, consistente na consolidação de todos os projetos de lei prioritários para a reformulação dos processos civil, penal e trabalhista. Ao todo, em consenso, foram selecionados 25 projetos de lei, fazendo parte desse conjunto de proposições os sete projetos de lei mencionados acima, referentes ao processo penal.

Quando o pacto foi firmado, o Projeto de Lei nº 4.204/2201 já tinha sido transformado na Lei 10.792, de 2003. Mesmo assim, só quase cinco anos após é que mais três dos sete projetos de lei referentes à reforma global, embora tópica, do processo penal foram aprovados.

O certo é que os Projetos de Lei nºs 4.204/2001, 4.203/2001, 4.205/2001 e 4.207/2001, transformados, respectivamente, nas Leis nºs 10.792, de 1º de dezembro de 2003 (Interrogatório e defesa efetiva), 11.689, de 9 de junho de 2008 (tribunal do júri), 11.690, de 9 de junho de 2008 (Provas) e 11.719, de 20 de junho de 2008 (Suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli* e Procedimentos) alteraram, de forma substancial, todos os procedimentos criminais. Em verdade, conceberam um novo modelo de processo penal, arquitetado tendo como norte, fundamentalmente, as seguintes ideias: (1) Democratização do processo penal, alinhando-o à proteção dos direitos fundamentais, nos termos da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. (2) Desconstrução do sistema misto, com conseqüente sedimentação do sistema acusatório, com todos os seus corolários lógicos, com a redefinição das funções do juiz e do Ministério Público. (3) Duração razoável do processo. (4) Defesa efetiva e interrogatório no contexto do princípio da ampla defesa. (5) Simplificação do processo, com plena adoção do princípio da oralidade, com a documentação dos atos praticados em audiência por meio audiovisual, sem a necessidade de transcrição, e concentração dos atos processuais. (6) Maior proteção e assistência à vítima e satisfação de seus interesses, notadamente em relação à indenização pelos danos sofridos com a ação ilícita.

A linha de orientação da reforma, só por só, revela que as mudanças merecem aplauso da comunidade jurídica e da sociedade em geral. Todavia, conquanto as modificações introduzidas pelas quatro leis aprovadas representem um sensível avanço, na medida em que conceberam um sistema processual penal de perfil democrático, moderno, simplificado, tendo como esteio o modelo acusatório e o catálogo de direitos fundamentais encartado na Constituição de 1988, não se pode deixar de fazer as críticas pertinentes. E há muitas que precisam ter discussão mais densa, até porque, como é próprio de toda e qualquer reforma tópica, várias incongruências são verificadas, quando se faz exame sistemático das normas que compreendem o processo penal.

Ademais, a ausência de aprovação dos outros três anteprojetos de lei enviados pelo Executivo para o Congresso Nacional, que tratam, respectivamente, da fase investigatória, do sistema recursal e das medidas cautelares e das prisões, comprometeu, severamente, a estrutura harmônica do sistema processual penal. Em 2011, ou seja, quase três anos depois, eis que o PL 4.208/2001 referente à Reforma Tópica, enfim, foi aprovado, transformado na Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Essa Lei, alinhada com as Leis nºs 10.792, de 1º de dezembro de 2003 (Interrogatório e defesa efetiva), 11.689, de 9 de junho de 2008 (tribunal do júri), 11.690, de 9 de junho de 2008 (Provas) e 11.719, de 20 de junho de 2008 (Suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli* e Procedimentos), trouxe substancial alteração para as medidas cautelares pessoais, incorporando, ao Código de Processo Penal, as medidas diversas da prisão, que já

constavam em algumas leis esparsas, notadamente na chamada Lei Maria da Penha.

Mas o sistema continua capenga, pois ainda não foram objeto da devida atenção pelo Congresso Nacional os PLs. 4.206, de 2001, e 4.209, de 2001, que tratam, respectivamente, dos recursos e da investigação criminal. Para piorar, existem dispositivos que, por imposição de ordem lógica, deveriam ter sido revogados ou alterados, mas permaneceram com a redação originária, ao passo que determinadas modificações, especialmente aquelas introduzida mercê dos debates parlamentares, não se afinam com o arcabouço da reforma, enquanto algumas delas contribuem para desarrumar, ainda mais, o sistema normativo processual.

Se não se pode estudar uma reforma tópica sem a análise sistêmica do processo penal, as singularidades aqui apontadas das modificações substanciais imprimidas pelas leis que compõem a reforma do nosso modelo de processo penal não permitem que a matéria seja estudada de outra forma. A fim de bem expor as ideias e proceder a uma efetiva análise do sistema processual penal alvitrado com a recente reforma, na elaboração do livro não houve a preocupação com a ordem cronológica de aprovação das leis e sim com a abordagem lógica de desenvolvimento dos atos processuais, em cada uma de suas fases, tendo em conta o sistema processual em sua inteireza.

Como preparação para o estudo do sistema processual de acordo com a nova reforma, foi feito o esboço de uma primeira parte, que se inicia com a exposição do movimento reformista do processo penal no Direito Comparado (itens 1, 1.1 e 1.2), a fim de revelar que as ideias dominantes das modificações introduzidas ao Código de Processo Penal são de todo semelhantes, quais sejam, aquelas pinçadas linhas acima (itens 2, 2.1 e 2.2).

Nessa passagem, diante do perfil ditatorial e policialesco do Código de Processo Penal de 1941, anota-se que o ideal seria a edição de novo Código, o que chegou a ser tentado, porém, como se disse, diante das idiossincrasias próprias do Legislativo, o Executivo abandonou essa ideia e findou enviando sete anteprojetos, propondo cada um deles reformas tópicas que, em seu conjunto, estabelecem uma reforma global do sistema processual. Malgrado justificável a *escolha* política do Executivo de enviar sete anteprojetos de lei para imprimir a reforma tópica do Código de Processo Penal, isso não serve para tornar indene de crítica a escolha *política*, diante dos prejuízos legados à coerência sistêmica desse ordenamento jurídico (itens 3.1 e 3.2). No item 3.3, é abordado o projeto do novo Código de Processo Penal, aprovado no Senado, mas ainda pendente de apreciação pela Câmara dos Deputados.

Em seguida, devido às muitas alterações trazidas com as reformas, é feita a análise do *princípio da imediatidade* e das regras específicas de direito intertemporal previstas na Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, que são aplicáveis para resolver indagações sobre a aplicabilidade, ou não, das novas leis aos processos em curso (item 3.4).

A segunda parte começa com considerações gerais sobre a persecução penal (item 5), que engloba a *fase investigatória* (5.A) e a *fase processual* (5.A), que é finalizada com as considerações sobre os procedimentos, mediante a apresentação da estrutura topográfica do Código de Processo Penal, a forma de divisão dos procedimentos em comum e especial e o critério de classificação do procedimento comum em ordinário, sumário e sumaríssimo (item 5).

A partir do item 5.1 começa o estudo do procedimento ordinário, com a demonstração de como era esse rito na redação originária do Código de Processo Penal e como passou a ser a sua dinâmica devido às modificações impostas, fundamentalmente, pelas Leis nºs 11.690 e 11.719, ambas de 2008, especialmente por esta última. Mostra-se a relevância de expressamente o legislador ressaltar a adoção do modelo acusatório para o processo penal, a fim de discutir as novas regras aplicáveis à ação penal, especialmente quanto aos requisitos que ela deve conter quando de seu oferecimento e a legitimidade do Ministério Público para pedir ao juiz a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo líquido para fins de indenização da vítima pelos danos sofridos, decorrentes da ação criminosa (itens 5.1.1 a 5.1.1.3). Em passo seguinte, faz-se análise da nova disciplina a respeito do juízo de rejeição liminar da ação penal (5.1.2 a 5.1.2.2).

No item 5.1.4 faz-se a abordagem no que pertine às formas de chamamento do acusado para responder a imputação criminosa que lhe é feita com o ajuizamento da ação penal, com especial destaque para a citação por hora certa, que é a novidade sobre o tema, e o momento

definido em lei como aquele em que se dá a formação do processo. Ressalta-se que, agora, diferentemente de como era antes, o acusado não é mais citado para ser interrogado, ou seja, para participar do primeiro ato de instrução do processo, mas para se defender por meio de advogado constituído ou defensor nomeado pelo juiz. (5.1.4.1 a 5.1.4.4)

Após cuidar da citação, passa-se a tratar das regras inerentes à materialização da cláusula constitucional da ampla defesa, que se traduz em defesa *efetiva e eficiente* (5.1.5 e 5.1.5.1). É exposto que, no lugar da defesa prévia, o acusado passa a ser citado para apresentar resposta, o que torna obrigatória a apresentação de defesa escrita com conteúdo, momento que pode ser aproveitado para, mediante peça própria, a apresentação de exceções (5.1.5.2 a 5.1.5.4). Afirma-se que a reforma, ao colocar a realização do interrogatório na audiência una de instrução e julgamento, após a produção de todas as provas, realçou que esse ato processual é um corolário lógico do direito à ampla defesa, correspondente ao direito de audiência (autodefesa) do acusado com o juiz responsável pelo seu julgamento (princípio da identidade física do juiz), razão pela qual não pode ser obrigado a prestá-lo (5.1.5.7 a 5.1.5.9). Finaliza-se o item com a exposição do sistema adotado para o interrogatório, que não se confunde com o previsto para a inquirição de testemunhas, assim como quanto à possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência, com a análise da Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, que disciplina essa questão (5.1.5.11 e 5.1.5.12).

No item 5.1.6 são feitas as considerações sobre a necessidade de intimação do Ministério Público, para fins de oportunidade de impugnação, quando na resposta o acusado suscita preliminares ou anexa novos documentos.

Demarcando o encerramento da fase postulatória, no desenvolvimento lógico da dinâmica processual tal como estabelecida com as novas regras, examina-se a novidade trazida pela Lei nº 11.719, de 2008, aplicável a todos os tipos de procedimento, mesmo àqueles tratados em leis extravagantes, do julgamento antecipado da lide, diante da possibilidade de o juiz, ao examinar a resposta do acusado, proferir sentença de absolvição sumária (5.1.7). Discute-se a natureza jurídica desse pronunciamento, que fica a depender do seu conteúdo, servindo, quando não é o caso de absolvição sumária, para sanear o processo e prepará-lo para a realização da audiência una de instrução e julgamento (5.1.7.1 e 5.1.7.2).

Passo seguinte, faz-se um recorte na abordagem que segue a ordem do momento de realização de cada ato processual, a fim de realizar, antes de passar a tratar das modificações introduzidas à audiência, às razões finais e à sentença, a explanação sobre a nova disciplina da prova (5.1.8). Proceda-se ao esboço dos princípios gerais da prova e do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (5.1.8.1 e 5.1.8.2) para, então, esmiuçar as regras de inaplicação da *exclusionary rule* que foram introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690, de 2008, consubstanciadas nas teorias da falta de nexo de causalidade entre a prova originária obtida por meio ilícito e a dela derivada, quando esta não decorre exclusivamente daquela, da fonte independente (*independent source*) e do descobrimento inevitável (*inevitable Discovery*), a despeito de fazer considerações sobre a incidência de outras teorias reconhecidas pela doutrina (5.1.8.2.1 a 5.1.8.2.4.6). Essa parte é concluída com o detalhamento sobre as modificações quanto à perícia, a adoção de normas inspiradas na justiça restaurativa a respeito do ofendido, da introdução em nosso meio do sistema do *cross examination* na inquirição das testemunhas, da acareação e do reconhecimento de pessoas e coisas. (5.1.8.3 a 5.1.8.7).

Destinou-se o item 5.1.9 para tratar das questões relativas à audiência, que na nova disciplina, salvo quando a causa for complexa, houver número excessivo de acusados ou for deferido pedido de diligência formulado por uma das partes, deverá ser não apenas de instrução, mas igualmente de julgamento, com a apresentação das razões finais pelas partes e prolação da sentença. São feitas anotações sobre a realização de audiência una, realizada em dias sucessivos, na qual devem ser tomadas as declarações do ofendido, inquiridas as testemunhas, tanto as arroladas pelo Ministério Público quanto pela defesa, feitos os esclarecimentos dos peritos, as acareações, o reconhecimento de pessoas e coisas, interrogado o acusado, apresentadas as razões finais e, por fim, proferida a sentença, sendo esmiuçadas as modificações introduzidas a respeito

das alegações finais e da sentença, assim da condenatória quanto da absolutória, quanto aos elementos de cada uma delas, notadamente em relação à necessidade de, na hipótese de condenação, ser fixado valor mínimo líquido para o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo ofendido e, se for o caso, a decretação da prisão preventiva ou a fundamentação de sua manutenção.

Após a finalização do estudo sobre o procedimento ordinário, foi elaborado um quadro sinótico, assinalando, a primeira coluna, como era o tratamento normativo antes da reforma e, ao lado, outra, mostrando como o assunto está tratado atualmente no Código de Processo Penal, permitindo uma ampla visão sobre o impacto das modificações e servindo para uma revisão do conteúdo a respeito do tema tratado no livro. Para não quebrar a dinâmica de apresentação do procedimento em todas as suas fases, em seguida, cuidou-se da feitura de quadro sinótico específico para a nova disciplina sobre as provas, objeto da Lei nº 11.690, de 2008. Por fim, no desiderato de auxiliar a compreensão e visualização de todas as fases do procedimento ordinário, foi feito o respectivo fluxograma.

No item 5.2 são analisadas as regras específicas referentes ao procedimento sumário, que, assim como era antes, possui poucas alterações em relação ao rito ordinário. A fim de facilitar a compreensão das pequenas diferenças entre os dois ritos, elaborou-se outro quadro sinótico, também contendo duas colunas dispostas lado a lado, na primeira, com as regras do ordinário que não se aplicam ao sumário e, na segunda, com as que são próprias desse procedimento. Igualmente foi confeccionado o fluxograma sobre o rito sumário.

O item 5.3 foi reservado para tratar das principais modificações introduzidas no procedimento do tribunal do júri por obra da Lei nº 11.689, de 2008. Como toda a parte do tribunal do júri foi reescrita, em alguns casos com alteração do número do artigo ou mesmo de redação sem, porém, implicar em mudança de conteúdo, a análise se circunscreveu às modificações que trouxeram alguma inovação propriamente dita.

Em relação à primeira fase, foram comentadas apenas as regras específicas do rito aplicável aos julgamentos submetidos ao tribunal do júri que são diferentes daquelas previstas para o rito ordinário, concentrando-se o exame nas alterações estabelecidas para a decisão de pronúncia e as sentenças de impronúncia e de absolvição sumária, assim como a referente ao recurso cabível em relação a estas (5.3.1 a 5.3.1.4).

Quanto à segunda fase, foram apreciadas as alterações importantes e substanciais relativas ao alistamento dos jurados, desaforamento, à organização da pauta de julgamento do tribunal do júri, ao sorteio e convocação dos jurados, à instrução plenária, aos debates, à redação e votações dos quesitos, especialmente quanto às novas regras para assegurar o sigilo dos votos dos jurados e quanto à sentença nessa espécie de julgamento.

Assim como feito em relação aos outros procedimentos, também foi elaborado o quadro sinótico a respeito do rito relativo ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, com o respectivo fluxograma.

Na 2ª edição, acrescentou-se o item 6 e seguintes, que tratam, especificamente, daquilo que aqui estamos denominando segunda etapa da Reforma Tópica, trazida a efeito com a Lei nº 12.403, de 2011. No item 6 é feita a explanação sobre a liberdade e as medidas cautelares, identificando o fenômeno da *cautelarização* no ambiente do processo penal para, em seguida, tratar dos princípios e regras gerais pertinentes a todas as medidas cautelares pessoas detentivas ou diversas da prisão, com especial destaque para o princípio da subsidiariedade da prisão processual e para os requisitos ou pressupostos (*fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*), os fundamentos (*periculum in mora* ou *periculum libertatis*) e os critérios para a definição da medida cautelar pessoal adequada, no caso concreto (6.1 a 6.1.8). É feito o estudo sobre a medida cautelar detentiva, com a abordagem sobre o tratamento constitucional conferido à prisão no Direito Comparado, na Constituição brasileira e no Código de Processo Penal (6.2 a 6.2.3). Em seguida, cuida-se da detenção/prisão em flagrante, com a tese de que, em verdade, a autoridade policial não efetua a *prisão*, mas, apenas, a *detenção*, ao passo que é asseverada a sua natureza jurídica de ato administrativo, não podendo, por conseguinte, ser considerada medida cautelar, o que ficou mais claro ainda, diante da dicção normativa do art. 310, II, do CPP (6.2.4). É esmiuçado o procedimento

referente à detenção/prisão em flagrante, com a distinção entre *comunicação imediata* e *envio dos autos de prisão em flagrante*, coisas que não se confundem, a par de ser ressaltada a possibilidade de haver contraditório prévio antes da decisão judicial, com detalhamento do prazo e forma da manifestação do Ministério Público e da defesa (6.2.4.1 a 6.2.4.1.5.1). Adiante, estão as considerações sobre o relaxamento da prisão, a conversão da detenção/prisão em flagrante em medida cautelar, cuja preferência há de ser a diversa do encarceramento, e a liberdade provisória, com ou sem fiança, parte na qual se defende que a exigência da fiança como condição para a soltura só deve ocorrer quando, entendendo que é caso para a decretação da prisão preventiva, pelo fato de o crime ser afiançável, portanto, menos grave do que aqueles considerados inafiançáveis pelo constituinte, o magistrado, tendo em conta os riscos, substitui a medida detentiva pela garantia financeira dada pelo agente, cumulada com outras cautelares, sendo sempre pertinentes, dentre outras mais adequadas à situação concreta, o recolhimento noturno e a monitoração eletrônica. (6.2.4.1.5.2 a 6.2.4.1.5.2). No item 6.2.4.2 é sugerida a interpretação conforme à Constituição para as normas estampadas em leis especiais que vedam a liberdade provisória em relação a determinados crimes. A prisão preventiva, agora admissível, em regra, apenas para os crimes para os quais prevista pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos e, ainda assim, quando não adequada e suficiente a aplicação de medida diversa da prisão, é objeto do item 6.2.5 a 6.2.5.1.4, sendo abordada, ainda, a prisão domiciliar como espécie de *prisão especial* (6.2.5.2 a 6.2.5.2.2). Do item 6.2.5.3 ao 6.2.5.3.3, está a discussão sobre a duração razoável do processo, sendo estimado o prazo de validade da prisão preventiva, respectivamente, nos procedimentos ordinário, sumário e no relativo ao tribunal do júri. No item 6.2.6, procede-se à releitura da prisão temporária, com detalhamento das hipóteses de admissibilidade e a duração razoável (6.2.6.1 e 6.2.6.2), ademais de serem pinçadas as distinções entre esta e a prisão preventiva (6.2.7). Defende-se a responsabilidade civil objetiva do Estado pelo erro judiciário no ambiente criminal quando a prisão processual é indevida (6.2.8). São estabelecidas as inovações a respeito do cumprimento do mandado de prisão, com especial atenção para o Banco Nacional de Mandados de Prisão — BNMP, inovação do legislador a fim de facilitar o conhecimento e a captura das pessoas procuradas pelo Judiciário e se critica pela circunstância de o legislador não ter previsto algo similar para possibilitar maior controle quanto ao cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão (6.2.9 a 6.2.9.3). As medidas cautelares diversas da prisão, as suas espécies e características, com inclusão da monitoração eletrônica e a nova função da fiança estão tratadas do item 6.3 ao 6.3.1.9.8), finalizando com a discussão sobre a detração penal (item 6.3.2).

A forma de abordagem do assunto no livro teve em consideração a visão dogmática da matéria tal como ela é explorada, na qualidade de professor da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em sala de aula, permeada com o modo como, na qualidade de juiz, vem sendo aplicada a nova sistemática do Código de Processo Penal nos muitos processos em tramitação na Segunda Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Em síntese, as colocações aqui expendidas são reflexões oriundas do magistério e da magistratura.

Tratando-se de meditação simbiótica da docência e da judicatura, ao tempo em que se tem a preocupação com o apuro técnico-processual na explicação das novas categorias jurídicas trazidas a lume com a reforma perpetrada pelas leis analisadas, são apresentadas soluções práticas para situações concretas, a par de fornecidas sugestões para um melhor gerenciamento do processo, tendo em conta simplificar, ainda mais, o trâmite processual, em homenagem à cláusula constitucional, encartada dentre os direitos fundamentais, que impõe a duração razoável do processo. As considerações feitas quanto às nuances dos debates sobre as propostas elaboradas pela Comissão de Reforma criada pelo Ministério da Justiça, que foram apresentadas ao Congresso Nacional e transformadas nas leis que implementaram a reforma tópica aqui estudada, às discussões travadas no Parlamento e aos vetos presidenciais são resultantes, ainda, da intensa participação do autor, a partir do ano de 2000, como integrante das Comissões de Reforma do Código de Processo Penal criadas pela Associação dos Juizes Federais do Brasil — Ajufe. Quando da aprovação das Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, na qualidade de Presidente da Ajufe, o autor participou diretamente das discussões no Parlamento, em conversas com

parlamentares, debates e na emissão de diversas notas técnicas, além da apresentação de pedidos de veto presidencial quanto a alguns dispositivos.

Ainda na 2ª edição, quando pertinentes, foram inseridas considerações sobre o Plano de Gestão das Varas Criminais e de Execução Penal, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, do qual fui relator na qualidade de Conselheiro, assim como da Resolução nº 137, de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou o Banco Nacional de Mandados de Prisão — BNMP.

Nesta 3ª edição, fizemos ampla revisão de todo o conteúdo, fazendo acréscimo e outras considerações sobre os temas tratados. Em razão do NCPC, mudamos o título do item 5.1.2.1 para *Pressupostos processuais relativos ao juízo de admissibilidade da ação e à constituição e ao desenvolvimento válido do processo*. No item 5.1.5.9, no título foi incluída a referência quanto à vedação da condução coercitiva e a revogação do art. 260 do CPP. No conteúdo, acrescentamos ao entendimento sustentado quanto à revogação do dispositivo em causa a decisão do Supremo Tribunal Federal exarada nas ADPF 395/DF e ADPF 444/DF. No item 6.2.4.1.5.1., foi realizada a abordagem sobre a audiência de apresentação, impropriamente denominada audiência de custódia. Foi incluído o item 6.2.5.1.5, exclusivamente para discorrer sobre a prisão preventiva em crime praticado por parlamentar no exercício do cargo, com crítica ao acórdão prolatado na ADI 5526/DF.

Nesta 4ª edição, o conteúdo do então item 4 foi deslocado para o item 3.4, que foi incluído. O item 4 agora trata dos *princípios fundamentais do processo penal* e os seus subitens da *distinção ontológica entre as teorias dos processos criminal e cível* e a *classificação dos princípios constitucionais que formam a teoria do processo penal: princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade, acusatório, da inviolabilidade da intimidade, da ampla defesa e da liberdade*.

O texto referente ao item 5 foi transferido para o item 5.B.3. O item 5, nesta nova edição, contempla a abordagem sobre a *persecução penal*, ocupando o item 5.A e os respectivos subitens da persecução criminal na *fase investigatória*, destacando-se, no subitem 5.A.1, que no tratamento conferido no modelo originário do CPP de 1941, o juiz só intervinha para auxiliar a investigação, ideia desconstruída com a figura do juiz das garantias, que detém como premissa, para além de assegurar a imparcialidade do juiz, a jurisdicionalização dessa fase como forma de *controle da legalidade da investigação*. O subitem 5.A.2 cuida de discorrer sobre as alterações no *procedimento investigatório*, com realce as questões afetas à identificação criminal e coleta de perfil genético, ao acesso a dados e captação de sons e imagens, à infiltração presencial e virtual de agentes e, por fim, à conclusão e arquivamento do inquérito policial.

O item 5.B contém os apontamentos sobre a *persecução criminal na fase processual*, especificando, nos seus subitens 5.B.1 e 5.B.2, o confuso papel do juiz das garantias nesse momento, fazendo a comparação com a proposta contida no projeto do novo Código de Processo Penal, que restringe a sua atuação à fase investigatória, além do exame sobre os procedimentos, tratado no subitem 5.B.3

Promoveu-se a inclusão do item 5.1.1.4 e seus subitens, no escopo de tratar da *justiça negocial e das medidas restritivas*, detalhando as peculiaridades dos institutos da transação, da colaboração premiada, do acordo de não persecução penal, finalizando essa parte com a suspensão condicional do processo.

No item 6, foram enxertados os subitens 6.2.5.3.1 (*Prazo máximo da prisão preventiva na fase da investigação e aspectos referentes à prorrogação*) e 6.2.5.3.2 (*A prisão preventiva na fase do processo e o prazo nonagesimal da renovação*), a fim de explicitar a distinção entre a *prorrogação*, quando a prisão ocorre na fase da investigação, e a *renovação* desse tipo de medida cautelar, após o decurso do prazo de 90 (noventa) dias, durante o processo de conhecimento.

Espera-se que o livro seja do agrado do leitor.

Natal (RN), 02 de fevereiro de 2022.

1. Movimento reformista do processo penal

Experimenta-se amplo *movimento de reforma* do Direito Criminal, principalmente no que diz respeito às normas de ordem processual, cuja preocupação, sem perder de vista a maior eficácia e celeridade na composição dos litígios, tem sido a construção de sistema com foco nos direitos fundamentais. O movimento de reforma procura prescrever equilíbrio mais justo entre os direitos fundamentais e as exigências da sociedade amedrontada com o incremento da criminalidade. Mireille Delmas-Marty³ salienta que, em reiteradas decisões, a Corte Europeia dos Direitos do Homem tem dado destaque a violações à Convenção de Proteção dos Direitos Fundamentais, em processos criminais tanto no Reino Unido, quanto na Europa continental.

Daí por que, embora as reformas do processo penal na Europa, em certa medida, sejam uma consequência natural das profundas *mudanças políticas* de democratização ocorridas no Sul e no Leste daquele continente, elas têm origem, especialmente em relação a Países como Alemanha, Inglaterra, Espanha, Itália, França e Portugal, no controle supranacional exercido pela Corte de Estrasburgo e pela Corte de Justiça de Luxemburgo, fatores que geraram um movimento mundial sem precedentes de reforma do processo penal. Para Delmas-Marty⁴, esse movimento revela como esse ramo do direito “... está ligado — mais ainda que o direito penal material que define os delitos e as penas — ao processo de democratização.”, e arremata que os não juristas parecem mais conscientes do que os juristas, quanto a essa estreita ligação entre democracia e Processo Penal.

Em alguns países, como são os casos da Alemanha, da Espanha, da Áustria e da Itália, as mudanças das normas processuais, além da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, foram incentivadas, ainda, pela jurisprudência firmada pelas respectivas Cortes Constitucionais.

A AIDP — Associação Internacional de Direito Penal merece posição de destaque na construção das ideias que têm direcionado as tendências do movimento de reforma. No *Congresso de Viena* ocorrido em 1989, estudaram-se as relações entre o processo penal e a organização judiciária, tema que voltou a despertar a atenção no Colóquio realizado no Rio de Janeiro, de 4 a 10 de setembro de 1994⁵.

No 11º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal, realizado em Bangkok, Tailândia, no período de 18 a 25 de abril de 2005, os Estados-Membros da ONU, dentre outros compromissos, reafirmaram, com ênfase, que as medidas a serem adotadas no combate à criminalidade, até mesmo em relação ao terrorismo, devem ser compatíveis com o Direito Internacional e de conformidade com a Carta das Nações Unidas, em particular com os textos que encartam as declarações dos *direitos fundamentais*.

Conquanto seja certo que no horizonte do conjunto das reformas dos Códigos de Processo Penal Europeus estejam os preceitos da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e da jurisprudência do Tribunal Europeu, há uma tendência em direção à adoção do sistema acusatório, em detrimento do inquisitório e mesmo do misto, com o qual se procura atribuir ao Ministério Público o papel de parte, reservando, para o juiz, a função

³ Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia. Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: São Paulo, 2004, p. XVII.

⁴ Ibid. Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da Silva Júnior. Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 253-279.

⁵ Nesse período, realizou-se, aqui no Brasil, o XV Congresso Internacional de Direito Penal.

de garantidor dos direitos fundamentais, especialmente na fase pré-processual⁶.

1.1. Reformas processuais penais na América Latina

No final dos anos 90 para os anos 2000, a reforma dos Códigos de Processo Penal foi inserida, igualmente, no processo de democratização da América Latina, constituindo-se a Convenção Americana de Direitos Humanos e os direitos fundamentais catalogados nas Constituições as colunas das ideias.

Após intensos estudos, uma comissão formada pelos professores Jaime Bernal, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover e Júlio Mayer apresentou, em 1988, o Código de Processo Penal para Ibero-América. Esse modelo, calcado na Convenção Americana de Direitos Humanos tem sido fonte orientadora das recentes reformas processuais penais de países como Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai e às reformas parciais no Brasil⁷. Na exposição de motivos do trabalho apresentado a título de reforma do processo penal, por comissão criada pelo Ministério da Justiça, na qualidade de presidente, Ada Pellegrini esclareceu que o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América serviu de bússola para guiar os passos da comissão.

A ideia central adotada pelos países da América Latina na reformulação de suas legislações processuais é a substituição do tradicional modelo *inquisitivo, escrito, burocrático, pouco transparente e moroso*, por um modelo de tipo *acusatório, simplificado, transparente, oral*, com o *Ministério Público como parte, garantias do acusado, defesa efetiva, direito ao silêncio, presunção de não culpabilidade, proibição de provas ilícitas e a imparcialidade do juiz*, que não deve se substituir ao Ministério Público para assumir função mais própria a quem exerce o *jus persequendi*⁸.

Essa foi a linha de pensamento seguida pelo legislador na feitura das Leis nºs 10.792, de 2003, e 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, que trouxeram profundas alterações na sistemática da produção e do exame da prova, dos ritos ordinário e sumário, do tribunal do júri e, enfim, de todos os procedimentos, ainda que não reguladas no CPP, mercê da regra do art. 394, § 4º (conforme redação da Lei nº 11.719/2008) — formam o que chamamos de primeira etapa da Reforma Tópica — e da Lei nº 12.403, de 2011, que inverteu a lógica anterior sobre a prisão processual e inovou com a previsão das medidas cautelares diversas da prisão — a segunda etapa da Reforma Tópica.

1.2. Resgate das origens do processo penal, sob a orientação dos direitos fundamentais

Em verdade, esse amplo movimento de reforma do processo penal tem como norte o resgate das suas origens, servindo de pano de fundo o *Estado constitucional* ou o neoconstitucionalismo. Com efeito, o exame acurado das origens da ciência criminal revela que o seu surgimento somente se deu a partir da segunda metade do Século XVIII, sob a orientação do

⁶ TULKENS, Françoise. O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. In: **Processo penal e direitos do homem**: rumo à consciência europeia, p. 9-16. SALAS, Denis. Alguns exemplos nacionais. In: **Processo penal e direitos do homem**: rumo à consciência europeia, p. 27-29.

⁷ O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. In: **A marcha do processo**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 70/76. 7 Cf. ainda: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América latina**. São Paulo: Editora Método, 2001. CABEZON, Andrea P.; ARANEDA, Sandra J. **Reformas procesales penales em América latina resultados Del proyecto de seguimiento**, Santiago: Centro de estudios de justicia de las Américas – CEJA. CABEZON, Andrea P. **Reformas de La justicia em América latina experiencias de innovación**. Santiago: Centro de estudios de justicia de las Américas – CEJA. O código modelo de processo penal para ibero-américa 10 anos depois. In: **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 70/76.

⁸ Cf. AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Editora Método, 2001.

pensamento filosófico-liberal plasmado na obra *Dos delitos e das penas*, de autoria de Cesare Beccaria. Sem desconhecer a sua importância para o Direito Penal, notadamente devido à dedução e exposição dos princípios da *reserva legal* e da *proporcionalidade entre o crime e a pena*, o estudo acurado do excepcional livro do milanês revela que a sua maior e mais fundamental contribuição foi para o processo penal.

De fato, àquela época, o Estado era absoluto, e a persecução penal — mero ritual — era deduzida sem o conhecimento de *regras* ou *limites*, circunstância que dava guarida à prática de toda sorte de arbitrariedades, como julgamentos secretos, negativa do direito de defesa, aplicação da tortura e outras práticas inconcebíveis.

A ideia central de Beccaria era a *processualização* do direito de punir como instrumento indispensável para limitar a persecução criminal, doutrina que influenciou a declaração de direitos fundamentais na Constituição americana, enxertados mediante as primeiras emendas que lhe foram incorporadas.

Ademais, o exame dos direitos fundamentais firmados nas Constituições alemã, italiana, espanhola e portuguesa mostra a influência da doutrina *beccariana*, assertiva que se aplica, igualmente, ao constitucionalismo brasileiro, como se percebe do estudo das Cartas Políticas promulgadas ao longo do tempo, notadamente da de 1988.

O aspecto aqui assinalado da identidade das ideias de Beccaria com o conteúdo dos direitos fundamentais reconhecidos nos textos constitucionais é tão instigante que basta observar que fizeram parte das suas ideias princípios nunca antes consignados expressamente em nossas constituições, como o da *presunção de não culpabilidade ou de inocência*, do *direito ao silêncio*, da *publicidade* e, até mesmo, mais recentes, como o da *duração razoável do processo*, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

A doutrina *beccariana* foi a resposta ao *Direito Penal do Terror*, cuja plataforma era a dominação do indivíduo mediante a sua subjugação física à força do Estado, que fez surgir a *Escola Clássica*, corrente de pensamento originária propriamente da ciência criminal, concebida como conjunto de regras básicas a veicular direitos indispensáveis à condição humana, que devem ser respeitados pelo Estado quando este se encontra no exercício do dever-poder de exercer a *persecutio criminis*.

Como se vê, ao contrário do que, à primeira vista, pode-se supor, o Direito Processual Penal não surgiu tendo como escopo armar o Estado no combate à criminalidade. A intenção efetiva era impor limites ao *jus perseguendi*, por meio da edificação de regras indispensáveis à legitimação desse agir estatal, o que, posteriormente, foi desvirtuado pela *Escola Positiva*. O positivismo criminal surgiu com a pretensão de mudar o foco da questão para privilegiar, na relação processual penal, a posição do Estado. O pensamento liberal foi desconstruído com a radicalização do discurso jurídico operada por Escolas *neopositivistas*⁹.

Após a Segunda Guerra Mundial, os países, influenciados pela Escola Penal da *Nova Defesa Social*, difundida por Marc Ancel, surfando nas ondas do *neoconstitucionalismo* ou do *estado constitucional*, iniciaram o processo de recuperação do perfil democrático do processo penal, que passa a ser visto e entendido sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Direitos esses vazados em forma de *princípios*, que não apenas possuem *força normativa* como são considerados *normas* de hierarquia superior às *regras* jurídicas estampadas na legislação infraconstitucional, de modo que, além de deixarem de desempenhar *mera função integrativa* das eventuais lacunas do Direito, passaram a ocupar posição *hegemônica, estruturante e interpretativa* do sistema jurídico¹⁰.

Em compasso com esse pensamento, sob a perspectiva do *Estado democrático-constitucional*, no qual toda a base teórica do ordenamento jurídico se sustenta nos direitos fundamentais, ao invés de falar-se em *teoria geral do processo penal*, é mais apropriado falar-se

⁹ A corrente do Tecnicismo Jurídico Penal, neopositivista, influenciou o legislador nacional na edição do Código de Processo Penal de 1941, ainda hoje em vigor, como se verá mais adiante.

¹⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

em *teoria constitucional do processo penal*¹¹. Na dedução *dogmática e lógica* dessa base constitucional do processo penal, os princípios que expressam os direitos fundamentais podem ser divididos naqueles relativos (1) ao devido processo legal em sentido estrito; (2) à presunção de não culpabilidade; (3) ao sistema acusatório; (4) à intimidade em geral; (5) à ampla defesa; e (6) à liberdade.

¹¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 10.

2. Escorço histórico do processo penal no Brasil

Quando o Brasil foi descoberto, estavam em vigor as *Ordenações Afonsinas*. Os Direitos Penal e Processual Penal, como era próprio na época, vinham disciplinados, em conjunto, no Livro V, com a plena adoção do procedimento inquisitorial. Em 1521, procedeu-se à edição das *Ordenações Manuelinas*, destinando-se, igualmente, o Livro V para o disciplinamento do Direito Penal e Processual Penal. Como novidade, houve o disciplinamento a respeito do promotor de justiça, mas não se inovou em relação ao início do processo¹².

Por fim, promulgaram-se as *Ordenações Filipinas*, sendo mantida a praxe de destinar o Livro V para tratar do Direito Penal e Processual Penal. Os seus preceitos eram *desumanos e bárbaros* e, dentro de um sistema normativo *cruel e despótico*, o processo inquisitivo, aparelhado das *devassas*, servia a um Direito Penal *retrógrado e sanguinário*¹³. Tinha como características primordiais a finalidade de inculcar o terror, a aplicação da pena de morte, com execução mediante suplício (enforcamento seguido de esquartejamento), sendo a prisão pouco usada como sanção, preferindo-se as penas infamantes, castigos corporais e as mutilações¹⁴. A acusação era pública, nas hipóteses em que ofertada por qualquer do povo, ou particular, nos casos em que o próprio ofendido era quem tratava de fazê-la. Em algumas situações, cabia a *acusação da justiça*, competindo ao Ministério Público substituir o *queixoso*.

Os *tormentos*¹⁵ por meio da tortura eram amplamente permitidos, não podendo ser aplicados, porém, em se tratando de fidalgo, cavaleiro, doutor em cânones, leis ou Medicina, e vereadores, exceto nos casos de falsidade, moeda falsa, testemunho falso, sodomia, alcoviteria e furto. O *suplício*¹⁶ era autorizado, se houvesse permissão do regedor e dos desembargadores, na hipótese em que fossem evidentes os indícios de o acusado ser o autor do crime, assim como quando houvesse prova produzida por testemunha, confissão extrajudicial, fama pública ou fuga¹⁷. A sentença, que tinha de ser escrita e assinada pelo juiz, podia despartar-se do que constava do libelo e, salvo quando as penas eram certas e determinadas na lei, ele podia aplicá-la conforme o

¹² De conformidade com Almeida Júnior, iniciado o processo, o acusado era, ipso facto, preso preventivamente (**O processo criminal brasileiro**, 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 124).

¹³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. p. 95.

¹⁴ Sobre como eram os julgamentos conforme o sistema das Ordenações Filipinas, e a influência da Coroa Portuguesa e da Igreja nos julgamentos, cf. LOPES, Paulo Guilherme M.; TOSTO, Ricardo. **O processo de Tiradentes**. São Paulo: Conjur Editorial, [?]. A leitura da sentença bem demonstra como era o sistema. A sentença contra Tiradentes, lavrada em nome da princesa de Portugal, D. Maria I (a Rainha Louca), com data de 18 de abril de 1792, na parte do dispositivo, assim estava redigida: “Portanto, condenam o réu Joaquim José da Silva Xavier, por alcunha o Tiradentes, alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas, a que, com barão e pregão, seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca, e nela morra natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Vila Rica, onde no lugar mais público será pregada em um poste alto, até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas, no sítio da Varginha e das Cebolas, onde o réu teve as suas infames práticas, e os mais nos sítios de maiores povoações, até que o tempo também os consuma...” (Ibid., p. 206). Como se não bastasse, a condenação foi além da pessoa de Tiradentes, na medida em que declarou, ainda, infame os seus filhos e netos, o confisco dos bens, determinando-se, de toda sorte, que a “... casa em que vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique...” (Ibid.)

¹⁵ Os tormentos eram inquirições judiciais feitas ao réu nos crimes graves, nos quais se procurava, por meio da tortura, compeli-lo a dizer a verdade (ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 136).

¹⁶ Era aplicado ante a presença do julgador, do escrivão e do ministro (MARQUES. Op. cit., p. 97). João Mendes Júnior informa que a tortura, usada no Direito Romano, desapareceu das legislações e, posteriormente, do século XIV em diante, ressurgiu, passando a ser utilizada largamente, em razão de os juízes, na época, por hábito, sempre procurarem fundamentar as suas decisões com base na confissão do acusado. Com isso, os juízes envidavam todos os esforços no sentido de extorquir a confissão, “... ostentando uma habilidade sem escrúpulo, quer para a sugestão, quer para as ciladas, quer para o cansaço do interrogado; e, ainda assim nada conseguisse, recorria às ameaças e depois aos tormentos.” (Op. cit., p. 138).

¹⁷ MARQUES. Op. cit., p. 96-97.

seu arbítrio¹⁸.

Esse trâmite dizia respeito ao *procedimento ordinário*, mas havia, ainda, o *procedimento sumário*, concebido, segundo Frederico Marques¹⁹, para os crimes mais graves como homicídios voluntários, roubos nas ruas ou estradas, desafio, delitos capitais praticados com circunstâncias agravantes etc., embora admissível, igualmente, para alguns crimes leves.

Com a declaração da Independência do Brasil, a Constituição Política do Império de 1824, sensivelmente liberal, sob a rubrica *direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros* (art. 179), plasmou *preceitos e princípios* inerentes a um processo criminal *garantista*, nos termos do arcabouço teórico da Escola Clássica, frontalmente contrário, por conseguinte, às normas emanadas do Livro V das Ordenações Filipinas. As *Ordenações Filipinas*, porém, por disposição expressa, permaneceram em vigor, até que fosse editado o Código de Processo Criminal.

Mediante a Lei de 29 de novembro de 1832, foi promulgado o Código de Processo Criminal²⁰, revestido dos anseios *humanitários e liberais* que agitavam o mundo. As *devassas gerais*²¹ e *especiais* foram abolidas, assim como as *querelas* e as *denúncias*. No lugar das querelas, vieram as *queixas*, que podiam ser acionadas não só pelo ofendido, como ainda pelo pai, mãe, tutor, curador e cônjuge. A *denúncia*, no sistema do Código de Processo Criminal, passou a designar a ação movida por meio do Ministério Público ou então quando fosse a *ação pública* aforada por qualquer do povo.

Alinhado com o pensamento clássico, o legislador brasileiro alargou, sobremaneira, a competência do tribunal do júri, que, até então, era restrita para o julgamento dos crimes de imprensa (Lei 18 de junho de 1822). O *processo ordinário* era o que disciplinava a instituição do júri²², até porque a competência desta se estendeu para todos os crimes de pena superior a seis meses de prisão ou degredo²³, estruturada numa espécie de ecletismo das legislações inglesa e francesa²⁴. Arraigado ao sistema misto francês, o Código de Processo Criminal, além de admitir o procedimento de ofício em todos os casos em que era cabível o ajuizamento da denúncia, previa uma fase preliminar investigatória, desenvolvida perante o juiz de paz, ao qual competia conhecer da queixa ou denúncia, proceder à formação de culpa (diligências, inquirições, interrogatórios) e, por fim, pronunciar, ou não, o acusado. Pronunciado o réu, aí, sim, o processo era remetido para o *júri de acusação* — o *grande júri* do sistema inglês —, composto de 23 jurados, sorteados em sessão presidida pelo juiz de Direito.

Esse grande júri, sem se recolher à sala secreta, decidia se *achou matéria para a acusação*. Nesse caso, o processo ia à decisão do *júri de sentença* — o *pequeno júri* —, formado por doze membros, sorteados no dia da sessão de julgamento, sendo a decisão tomada com a resposta dada a um questionário, em sala secreta²⁵. Na verdade, o Código de Processo Criminal foi uma adaptação do Código de Napoleão, editado em 1808, mas que somente começou a vigor em janeiro de 1811²⁶.

¹⁸ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959., p. 97.

¹⁹ *Ibid.*, p. 98.

²⁰ Note-se a terminologia utilizada: Código de Processo Criminal, que é mais adequada à Escola Clássica e, de resto, para um processo de cunho democrático, que não tem a pena como a sua principal preocupação.

²¹ Em Portugal, as devassas gerais foram abolidas pela Lei de 12 de novembro 1821 (*Ibid.*, p. 150).

²² BARROS, Romeu Pires Campos. **Sistema do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1. p. 226. Certamente essa é a explicação para que o procedimento do Tribunal do Júri, na redação originária do Código de Processo Penal de 1941, tenha ficado ao lado do ordinário, sendo classificado de comum, o que só foi corrigido com a Lei nº 11.719, de 2008.

²³ *Ibid.*, p. 176.

²⁴ BARROS. *Op. cit.*, p. 64.

²⁵ *Ibid.*, p. 227.

²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1982-1984. v. 1. p. 71.

2.1. Predominância da filosofia liberal beccariana na feitura do Código de Processo Criminal de 1832

Para Romeu Pires de Campos Barros, o Código de Processo Criminal tinha “... as qualidades de um verdadeiro monumento legislativo, para a época em que foi promulgado.” No mesmo passo, Ricardo de Brito²⁷ revela que a doutrina nacional identifica o código em destaque como um *grande monumento jurídico imperial*, não só em virtude de ter sido redigido com amparo na *melhor doutrina clássica penal*, como também por se afinar com o *espírito liberal da época*, constituindo-se, assim, significativo avanço humanitário, principalmente *se comparado aos processos cruéis das ordenações*. Aliás, como adverte João Mendes Júnior, o *liberalismo, regime consagrado pelo Código de Processo Criminal*, foi tão acentuado e promoveu uma modificação tão profunda em relação ao que anteriormente se tinha sob a égide das Ordenações Filipinas que o próprio autor do projeto de lei que se transformou em nosso primeiro código processual criminal, Senador Alves Branco, teve a iniciativa de propor, já em setembro de 1835, uma reforma, *sobretudo em relação aos juízes de paz e à instituição do júri*²⁸.

A par disso, as agitações políticas e os movimentos revolucionários efervescentes durante toda a década de 1830, como lembra Frederico Marques²⁹, suscitaram uma reação autoritária do Governo monárquico e, mesmo sob o protesto e a oposição veemente do partido liberal³⁰, aprovou-se a Lei de 3 de dezembro de 1841, que tinha a deliberada intenção de *armar* o Executivo de instrumentos para *debelar* a *desordem* e impor a sua *autoridade*. Para a consecução desse escopo e, assim, pôr freios ao que se chamou de *judicialismo policial*, o primeiro cuidado da lei em foco foi organizar um aparelhamento policial extremamente centralizado, operando uma excessiva inversão da situação, a ponto de atribuir à autoridade policial várias das atribuições que eram próprias da magistratura, criando um lídimo *policialismo judiciário*.

Essas alterações na ideologia clássica do Código de Processo Criminal coincidiram, não por acaso, com a chegada em nosso meio das ideias da Escola Positiva no Brasil, o que ocorreu na segunda metade do século XIX, e encontrou campo fértil para sua propagação, principalmente, nas últimas décadas daquele período, diante das “... transformações então operadas na realidade brasileira no final do império e início da República...”³¹.

A evolução do processo penal, porém, sofreu um duro golpe com a Constituição de 1891 elaborada sob a ascendência da Carta americana, ao inserir, na seara da competência dos Estados-membros, a missão de legislar sobre o Direito Processual Penal, quebrando, com isso, a sua unidade.

A situação assim perdurou até a retomada da unidade processual, que ocorreu com a edição da Constituição de 1934, ficando logo estabelecida, nas disposições transitórias, a determinação para que fosse nomeada uma comissão de três juristas, sendo dois ministros do Supremo Tribunal Federal e um advogado, para cuidar da feitura do novo Código de Processo Criminal. A comissão formada em 15 de agosto de 1935 pelos ministros Bento de Faria e Plínio Casado e pelo professor Gama Cerqueira, todos renomados juristas, submeteu o trabalho ao Presidente da República pelas mãos do ministro da Justiça, o professor Vicente Ráo.

²⁷ Op. cit., p. 240.

²⁸ ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 176.

²⁹ Op. cit., p. 101.

³⁰ ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 179.

³¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Ricardo de Brito noticia que, tendo sido a obra *O homem delinquente*, de Lombroso, editada em 1876, há registro de trabalho assinado por Tobias Barreto, datado de 1884, com referência ao pai da Escola Positiva (Ibid., p. 272).

2.2. Perfil antidemocrático e policialesco do Código de Processo Penal de 1941

Com o Golpe de Estado de 1937, o projeto Vicente Ráo não foi adiante³². Designou-se, então, outra comissão para elaborar o projeto do novo Código de Processo Criminal, dela fazendo parte Narcélio de Queiroz, Cândido Mendes, Vieira Braga, Roberto Lyra e Nelson Hungria, todos juristas reverenciados pelo grande saber jurídico. O *Golpe de Estado* patrocinado pelo Governo de Getúlio Vargas, resultou na dissolução da Câmara dos Deputados e do Senado e revogação da Constituição de 1934, vindo, em seu lugar, a de 1937, a mais retrógrada de nossa história constitucional, concebida para dar legitimidade a um Estado autoritário, com forte concentração do poder político nas mãos do Executivo, em detrimento da independência dos demais poderes.

Para se ter ideia mais concreta desse aspecto, os Códigos Penal e Processual Penal foram editados sem passar pelo Congresso Nacional, uma vez que eles foram inseridos no nosso ordenamento jurídico por meio dos Decretos-Leis n^{os} 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e 3.689, de 3 de outubro de 1941, na época em que o Parlamento estava fechado. Ou seja, o processo penal que tem um histórico de instrumento de afirmação dos direitos essenciais da pessoa humana não foi objeto, sequer, de debate no parlamento³³.

O Código de Processo Penal, ainda hoje em vigor, foi elaborado no contexto de todos esses ingredientes políticos internos. Ademais ele foi inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930, que seguia a ideologia *fascista*.

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, o ministro Francisco Campos revela a ideologia que orientou a sua confecção³⁴. No pressuposto de que os réus possuíam um *extenso catálogo de garantias e favores*, o então ministro arrematou que era necessário ajustar as leis processuais no desiderato de servirem de instrumento a *maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem*³⁵. Para tanto, julgava Francisco Campos necessário que fosse "... abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum." Esse foi, segundo as próprias palavras assacadas na exposição de motivos, "... o critério que orientou a elaboração do presente projeto do Código"³⁶.

Mostrando a sua afinidade com a ideologia que comandava a Itália fascista, Francisco Campos fez referência ao ministro italiano Arturo Rocco que, ao apresentar o projeto de reforma processual penal da Itália, que findou, sob o comando da corrente Técnico-Jurídica, sendo transformado no Código de 1930, advertia que algumas das medidas "... certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente"³⁷. Mais adiante, repetindo as palavras do criminalista italiano, realçou: "Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas."³⁸ Em suas últimas palavras sobre o espírito do código, ainda que elas não fossem mais necessárias, Francisco Campos acrescentou que "... se evidencia que este (projeto) se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição

³² Muito provavelmente, a postura daquele que recebeu a alcunha de espadachim na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana não era a pessoa mais indicada para coordenar a elaboração de um projeto de lei de Código de Processo Penal orientado pelo Código de Processo Penal italiano fascista.

³³ Se o Legislativo não teve a possibilidade nem mesmo de discutir os projetos dos Códigos Penal e Processual Penal, o que não dizer da sociedade em si.

³⁴ Nada mais correta a posição da doutrina que não identifica a exposição de motivos como elemento interpretativo. De todo modo, senão para outros fins, a exposição de motivos se apresenta como um fragmento histórico de fundamental importância para identificar o perfil ideológico do legislador. Nesse particular, Francisco Campos, com a sua apurada verve literária, com rara felicidade, não só sumariou, com profundidade, os aspectos técnicos da nova codificação, como sublinhou o traço político-ideológico – nada democrático, muito pelo contrário – embutido no projeto.

³⁵ CAMPOS, Francisco. **Código de processo penal**. 41^a ed. São Paulo: Saraiva, p. 6.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid. p. 6.

³⁸ Ibid.

dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade”. Por fim, como uma espécie de carta de seguro, ele acrescentou: “Se ele 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”³⁹.

Ser mais claro era impossível. A inspiração do Código de Processo Penal não vinha do movimento liberal que marcou o surgimento da Escola Clássica que, deduzida juridicamente por Carrara, concebia o processo penal como o instrumento mais importante para a proteção dos direitos individuais, servindo, por conseguinte, antes de tudo, como uma forma de limitação do poder de punir do Estado. Agora, na linha de ação das Escolas Positiva e do Tecnicismo Jurídico, o processo penal brasileiro deveria ser uma ferramenta qualificada para servir à repressão do Estado. Força repressiva passava a ser o norte do novo Código de Processo Penal. Não era mais um Código de Processo Criminal, que cuidava, portanto do crime. Era um Código de Processo Penal, ou seja, um instrumento para a punição, não de defesa. A sua eficiência não estava na proteção dos direitos da pessoa acusada, mas, sim, em conseguir a punição. Com essa ideia, o escopo do processo passaria a ser, a partir daí, descobrir a *verdade*, a chamada *verdade real* – algo que ontologicamente não existe. Nesse desenho, o que importa para o processo, e especialmente para o juiz, é descobrir a verdade, sendo irrelevante o meio empregado: *os fins justificam os meios*. Em outras palavras, é o *vale tudo processual*, a fim de punir.

Em ligeira análise do conteúdo político dos Códigos Penal e de Processo Penal, Roberto Lyra, após considerar que os críticos o consideram *ora atrasado, ora avançado, ora benévolo, ora rigoroso*, diz que, não obstante a *política reacionária que policiava a questão social*, o que de mais substancial tinha o Código de Processo não era a técnica, *mas o seu efetivo, minucioso e intransigente respeito às liberdades e às garantias individuais e o seu espírito de justiça social*⁴⁰. O tratamento dispensado ao direito de defesa, exigindo-a substancial, não apenas formal; a dispensa do pagamento da fiança pelo réu pobre; a disciplina do *habeas corpus*, com a permissibilidade de sua impetração por qualquer pessoa e mesmo o seu deferimento de ofício; e a prevalência da decisão mais favorável ao réu, no caso de empate, dentre outras normas específicas do novo Código de Processo Penal, na concepção de Roberto Lyra, deixam transparecer a sua *substância democrática*, o seu *apreço pela liberdade individual*, muito embora ressalte que tudo isso não tivesse o condão de prejudicar a sua função de *defesa social*⁴¹. Na sua conclusão sobre a ideologia do Código de Processo Penal, dá a última pincelada no quadro por ele desenhado: “Um Código que, apesar da mentalidade política imperante à época da elaboração, consulta assim à tradição liberal do país, não poderia conter resíduo antidemocrático”⁴².

Em que pese louvável a preocupação de Roberto Lyra de colocar em evidência o verniz democrático do novo Código de Processo Penal, a realidade é que ele foi idealizado à imagem e à semelhança de um autêntico Estado ditatorial. Foi pensado mais como arma poderosa colocada à disposição de um Estado antidemocrático do que como instrumento *garantista* de *limitação* do direito de punir estatal. Ainda que a ideia reformista fosse no sentido de conferir ao processo penal um melhor desempenho de sua função de meio adequado para se obter a condenação das pessoas que põem em estado de insegurança a sociedade, não podia, nem precisava, erigir essa linha como o norte de seu mister. Poderia, sim, corrigir eventuais erros políticos, estratégicos e mesmo práticos da legislação anterior, sem, de toda sorte, desmerecer e relegar a segundo plano a ideologia *garantista* da lei processual criminal, escrita como conquista histórica da humanidade na Declaração dos Direitos do Homem, como denuncia a leitura harmônica e arejada dos arts. 7º e 8º do referido diploma universal.

No pertinente à Escola Penal que guiou os passos da comissão na elaboração dos Códigos Penal e de Processo Penal em vigor, Roberto Lyra, ao rebater as críticas de que teria renunciado

³⁹ Ibid., p. 16.

⁴⁰ LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 105-106.

⁴¹ LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*, p. 108.

⁴² Ibid.

ao seu *positivismo*, lembrou que o projeto foi obra de uma comissão, da qual ele era o único a seguir aquela corrente de pensamento, sendo nada mais natural, portanto, que, em vários assuntos, fosse vencido pela maioria⁴³. Nos termos da compreensão de Roberto Lyra⁴⁴, o código “... não representa a vitória ou a derrota de qualquer escola, mas a colaboração de homens livres e sinceros” e, dando ênfase ao seu elevado espírito de homem público, sublinhou que um código é uma obra de técnica jurídica coletiva, motivo pelo qual há de resultar “... da média das soluções práticas e, não, das opiniões doutrinárias”⁴⁵, sendo imprescindível que, em um ou outro ponto, todos cedam e, em relação a isso, afirmou: “... não foi ao positivista solitário que coube a maior parte.”⁴⁶

Da leitura mais superficial que se faça do Código de Processual Penal vigente no Brasil, uma verdade exsurge sem a menor possibilidade de contestação: é uma posição *eclética* das Escolas Clássica e Positiva, sob forte influência do Tecnicismo Jurídico, inspirado pelo Código de Processo Penal italiano de 1930, que adotou o perfil fascista.

⁴³ LYRA, Roberto. **Novíssimas escolas penais**, p. 118. Lyra repele os que afirmaram (cita especialmente Asúa e Galdino Siqueira) ter havido na comissão uma desarmonia, decorrente da divergência filosófica entre os dois mais ilustres membros dela, em razão do positivismo de Roberto Lyra e do ecletismo de Nelson Hungria, classificado como classicista por Asúa.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ LYRA, Roberto. **Novíssimas escolas penais**, p. 118.

⁴⁶ *Ibid.*

3. Movimento reformista no Brasil

Editado em consonância com a ideologia ditatorial da Constituição de 1937, o Código de Processo Penal, ao longo do tempo, vem sofrendo seguidas alterações pontuais. Em rigor, é fácil notar que, a cada nova Constituição editada no país, um conjunto de leis foram promulgadas, em linhas gerais, tentando adaptar o Código de Processo ao novo arcabouço jurídico.

Promulgada a Constituição de 1946, de cunho democrático, vieram a Lei nº 263, de 23 de março de 1948 (modificou a competência do tribunal do júri e modificou regras procedimentais) e a Lei nº 1.408, de 9 de agosto de 1951 (prorrogou o vencimento de prazos judiciais e deu outras providências), além de outras de menor importância. Promulgada a Constituição de 1967, a despeito de seu caráter ditatorial, foi editada uma série de leis que, em certa medida, melhoraram o Código de Processo Penal, especialmente em relação ao sistema prisional. Na redação originária do Código, ocorrida a prisão em flagrante, sendo ela legal⁴⁷, o preso só teria direito à liberdade provisória caso o crime fosse afiançável. Ademais, se a pena máxima prevista para o crime fosse igual ou superior a dez anos, ocorria a prisão preventiva obrigatória. A Lei nº 5.349, de 3 de dezembro de 1967, modificou, em substância, a parte da prisão preventiva, especialmente com a revogação dessa malsinada prisão preventiva obrigatória. Outro diploma legal que trouxe sensível e importante modificação para o sistema prisional do Código de Processo Penal foi a Lei nº 5.491, de 22 de novembro de 1973, também denominada Lei Fleury. Essa lei é denominada Fleury em alusão ao Delegado de Polícia do Departamento de Ordem Política e Social — DOPS de São Paulo, Sérgio Fernando Paranhos Fleury, comandante do esquadrão da morte que atuou nos porões da ditadura militar, instaurada a partir de 1964. Alvo de diversas denúncias da execução de presos, para evitar a prisão do então delegado, que seria inexorável diante do que prescrevia o Código de Processo Penal, a solução encontrada foi modificar a lei, criada casuisticamente para beneficiá-lo. A lei foi promulgada em um mês⁴⁸.

Sem embargo de a lei em referência ter sido editada com o claro propósito de beneficiar o então todo-poderoso Delegado do DOPS paulista Sérgio Fleury, não se pode negar que ela representou um notável avanço na nossa legislação processual, porquanto, a partir daí, mesmo quando a sentença fosse condenatória, antes de seu trânsito em julgado, se não fosse o caso de decretação da prisão preventiva, para que a pessoa fosse levada à prisão, passou-se a exigir a necessidade de demonstrar-se, no pronunciamento judicial, que o acusado não tinha bons antecedentes ou que ele não era mais primário⁴⁹. Complementando a obra, a lei em referência alterou, ainda, o caput do art. 596, a fim de ressaltar que “A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade”.

Outra modificação significativa quanto ao sistema prisional se materializou com o enxerto do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, operada pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Essa lei trouxe outra substancial modificação no Código de Processo Penal em relação ao instituto da prisão, sendo digno de nota que, a partir de então, a prisão em flagrante perdeu a grande importância que detinha, ao passo que a fiança, em sua parte mais significativa, foi derogada. A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 deu nova disciplina à execução penal, revogando praticamente todo o Título V do Código de Processo Penal.

Porém, foi com a edição da Constituição de 1988 que veio o maior número de alterações

⁴⁷ Sendo a prisão em flagrante ilegal, o preso tinha o direito ao relaxamento da prisão.

⁴⁸ SOUZA, Percival de. **Autópsia do medo**: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury. São Paulo: Globo, 2000, p. 319.

⁴⁹ Cf. SIQUEIRA, Geraldo Batista de. **Processo penal**: comentários à Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973. Bauru: Editora Jalovi Ltda., 1980.

para o Código de Processo, a despeito das muitas alterações e inovações às leis processuais penais esparsas, como Lei da Prisão Temporária (7.960, de 1989), Lei dos Crimes Hediondos (8.072, de 1990), Lei de Combate ao Crime Organizado (9.034, de 1995, já revogada), Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (9.099, de 1995), Lei de Combate ao Crime de Lavagem de Dinheiro (9.613, de 1998), Lei de Proteção a vítimas e testemunhas (9.807, de 1999), Lei dos Juizados Especiais da Justiça Federal (10.259, de 2001); Lei contra o Uso e Tráfico de Entorpecentes (11.343, de 2006) e Lei 12.850, de 2013.

Quanto às alterações de dispositivos do Código de Processo Penal, merecem destaque: Lei nº 8.038, de 1990, regulou as ações originárias e os recursos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça; Lei nº 8.658, de 1993, estendeu a aplicação da Lei nº 8.038/2001 aos processos perante os Tribunais de Justiça e Regionais Federais; Lei nº 9.061, de 1995 (alterou o art. 80 do CPP que trata dos dados estatísticos criminais); Lei nº 9.113, de 1995 (deu nova redação ao inciso III do art. 484 do CPP, em relação à forma dos quesitos no julgamento pelo tribunal do júri); Lei nº 9.271, de 1996 (alterou do art. 366 ao 370 do CPP, para incluir a suspensão do processo, em caso de revelia de acusado citado por edital e estabelecer, como regra, a citação por meio do órgão incumbido da publicação oficial dos atos judiciais); Lei nº 10.792, de 2003 (revogou o art. 194 e modificou as regras do interrogatório — arts. 185 a 196, 261 e 360 —, a fim de assegurar a defesa efetiva nessa fase); Lei nº 11.101, de 2005 (nova Lei de Falências, revogou os arts. 503 a 512 do CPP); Lei nº 11.113, de 2005 (alterou as redações do caput e do § 2º do art. 304 do CPP, modificando as formalidades da prisão em flagrante); Lei nº 11.449, de 2007 (com as alterações ao art. 306, determinou que a comunicação da prisão em flagrante ao juiz seja imediata e que o auto de prisão em flagrante, dentro do prazo de 24 horas, seja encaminhado, também, ao advogado ou, sendo o caso, à Defensoria Pública).

3.1. Necessidade de uma reforma global do Código de Processo Penal

Essas modificações pontuais, porém, não se prestaram, efetivamente, para eliminar os principais vícios estruturais do Código de Processo Penal, que se concentram nos seguintes pontos: (a) foi editado nos anos 40, com as ideias dos anos 30; (b) possui perfil antidemocrático e policialesco, elaborado que foi sob a batuta da Constituição de 1937; (c) Sofreu forte influência do sistema inquisitivo; (d) é burocrático e moroso; (e) adotou o sistema presidencial das audiências; (f) não se coaduna com a Constituição de 1988.

As críticas procedem. O Código entrou em vigor século passado e, a despeito disso, já foi concebido com ideias ultrapassadas que foram sufragadas pelo Código de Processo Penal italiano de índole *fascista* de 1930. José Frederico Marques⁵⁰ criticava a comissão que cuidou de elaborar o projeto que se transformou no CPP, pois, enquanto em outros setores a renovação legislativa se operava em alto grau, ela “... não soube dotar o país de um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal.”

O perfil antidemocrático e policialesco é revelado no esboço histórico da edição do Código de Processo Penal⁵¹. O Código sofreu os influxos autoritários do Estado Novo, de modo que foi editado com o propósito claro de se transformar em um instrumento de força do regime ditatorial, sendo mais um *estatuto repressivo* do que um *estatuto das liberdades* ou de regras estabelecidas tendo como escopo reger o *dever-poder* da persecução criminal do Estado com base no enunciado de normas protetivas dos direitos essenciais da pessoa humana.

Conquanto adotado, como regra, o sistema acusatório, como se verá mais adiante, estão imanentes na parte estrutural do Código de Processo Penal as ideias do sistema misto, com forte sotaque inquisitorial, circunstância que confere ao juiz a prática de diversos atos processuais que não são compatíveis com a posição de julgador, ao passo que, em rigor, o Ministério Público não

⁵⁰ **Elementos de direito processual penal**. V. I, Campinas: Bookseller, 1977, p. 108.

⁵¹ Cf. item 2.2, *supra*.

é tratado efetivamente como parte.

A disciplina procedimental extremamente arcaica, especialmente para os processos de rito ordinário e para o tribunal do júri, tornava esses procedimentos excessivamente burocráticos e morosos. Nos processos de rito ordinário, em detrimento da orientação dos princípios da celeridade, economia, oralidade e concentração dos atos processuais, eram previstas nada menos do que três audiências distintas. Nada obstante, o procedimento era eminentemente escrito, porquanto tudo que era tratado na audiência tinha de ser reduzido a termo, pela sistemática de ditado feito pelo juiz, adotando-se a oralidade, propriamente, apenas nas sessões do tribunal do júri, isso mesmo só em relação aos debates. Sem embargo disso, era o juiz quem fazia todas as perguntas, não sendo permitido às partes fazê-las diretamente às testemunhas.

Por fim, a densidade principiológica da Constituição de 1988, notadamente em relação às declarações dos direitos fundamentais, que passaram a ser concebidos na qualidade de normas jurídicas elevadas à potência máxima, revogou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, ao tempo em que determinou uma (re)leitura e (re)interpretação de seus dispositivos com esteio nessa nova ordem jurídica, o que recomenda e exige uma modificação substancial da legislação infraconstitucional criminal, a fim de adequá-la ao paradigma do Estado constitucional, o qual possui como meio e fim os direitos fundamentais.

3.2. Método escolhido para a reforma global

Conforme foi examinado no item 2.2, supra, elaborado sob a ideologia do Estado ditatorial forjado pela Constituição de 1937, cada nova Constituição, daí em diante editada no Brasil, foi acompanhada por uma série de reformas tópicas do Código de Processo Penal. A par disso, de há muito tempo, há a intenção de que seja feita uma reforma global do sistema processual penal, com a edição de um novo Código. No ano de 1975, diante das diversas alterações sofridas pelo Código de Processo Penal, o que comprometeu a sua estrutura sistêmica, com suporte em anteprojeto de autoria de José Frederico Marques, o Executivo encaminhou proposta de elaboração de um novo Código de Processo Penal, transformada no Projeto de Lei nº 633/75, o qual foi bastante modificado e findou não sendo aprovado. Em razão disso, foi nomeada uma comissão integrada por Francisco de Assis Toledo (Coordenador), José Frederico Marques, Jorge Alberto Romeiro e Rogério Lauria Tucci, que manteve as partes fundamentais da codificação anteriormente proposta por José Frederico Marques, e apresentou o trabalho ao Parlamento, sendo transformado no Projeto de Lei nº 1.655, de 1983, chegando, até mesmo, a ser aprovado pela Câmara Federal em 26 de junho de 1984, mas não foi votado pelo Senado.

Se mesmo antes da edição da Constituição de 1988 já se sentia a necessidade da edição de um novo Código de Processo Penal, após a sua promulgação, então, diante do novo paradigma com ela instaurado, essa necessidade passou a ser inadiável. Note-se que, na seara cível, com a reunificação do direito processual por obra da Constituição de 1946, editou-se o Código de Processo Civil de 1939, que, a despeito de todos os defeitos, ainda era considerado, em termos *metodológicos e dogmáticos*, mais avançado do que o Código de Processo Penal ainda hoje em vigor. Nada obstante isso, a doutrina processual civil, ao anotar diversas críticas ao sistema processual implantado pelo CPC de 1939, qualificando-o de arcaico e anacrônico, logrou êxito nas reclamações, com a consequente aprovação do Código de Processo Civil de 1973, o qual, apesar da excelente estrutura e concepção científica, foi extremamente criticado por estar arraigado a dogmatismos e, por isso mesmo, ao longo das últimas três décadas, sofreu muitas e substanciais modificações⁵². As sucessivas alterações do Código de Processo Civil desarrumaram o sistema, o

⁵² Em outro trabalho, foi dito que “O Código de Processo Civil em vigor, editado em 1973, conquanto tenha representado um avanço técnico-conceitual em relação ao de 1939, não trouxe nada revolucionário no que diz respeito às categorias fundamentais do processo, consubstanciadas na jurisdição, ação, processo e defesa. Cândido Rangel Dinamarco chama a atenção que, na batuta do CPC de 1973, a única inovação de monta quanto ao processo de conhecimento foi a possibilidade do julgamento antecipado da lide, no processo de execução nada de relevante merece destaque, uma vez que foram mantidas

que deu ensejo, enfim, à promulgada a Lei nº 12.105, de 16 de março de 2015, sendo editado o NCPC.

O Código de Processo Penal, porém, ainda é aquele mesmo que surgiu logo após a reunificação, de sorte que ele é o segundo ordenamento processual penal da história normativa do País, época em que até mesmo o Processo Civil possuía uma posição subalterna em relação ao Direito Civil, quando ainda estava aceso o debate, na doutrina, quanto a sua efetiva autonomia em relação ao Direito material.

Essas considerações demonstram que o ideal seria uma reforma global ou total do Código de Processo Penal. Isso foi reconhecido, até mesmo, por Ada Pellegrini Grinover, ao elaborar, na qualidade de Presidente da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, a exposição de motivos do trabalho. A escolha pela *reforma tópica* não foi técnica, mas *pragmática*, dentro da ótica da política do possível, que permeia, em regra, as grandes, e pequenas também, questões que são submetidas ao crivo do Parlamento. A inexequibilidade operacional, diante da morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa do Parlamento, foram circunstâncias apontadas como preponderantes para se afastar a ideia de uma reforma global do Código de Processo Penal.

Diante disso, seguindo a mesma orientação adotada para a reforma do Código de Processo Civil de 1973, por pragmatismo, o Executivo resolveu adotar a sistemática de nomear uma comissão para, a despeito de pensar em uma reforma ampla do ordenamento processual, ao invés de elaborar um novo código, com a apresentação de uma única proposta de projeto de lei, tratar da feitura, em conjunto, de uma série de projetos. A Comissão do Ministério da Justiça, presidida pelo Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, fazendo uma revisão das propostas de autoria de comissão anterior, apresentou diversos anteprojetos de lei, encaminhados, em 1994, para o Congresso Nacional.

O Governo, porém, retirou os projetos para aperfeiçoá-los, ao tempo em que convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual para apresentar sugestões⁵³. Após trabalho do IBDP, o Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, nomeou comissão para, no prazo de noventa dias da instalação, apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal. Essa Comissão foi formada por juristas integrantes do IBDP, Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. Quando seis anteprojetos já haviam sido finalizados e apresentados ao Ministro José Carlos Dias, assumiu o Ministério da Justiça José Gregori. Ele confirmou a comissão e prorrogou o prazo para a conclusão dos trabalhos em mais noventa dias. Houve, ainda, a substituição de René Ariel Dotti por Rui Stoco. A comissão, então, entregou ao Ministro José Gregori mais cinco anteprojetos.

Depois de vários debates com os mais diversos segmentos da sociedade, como membros e entidades públicas e associações da polícia, da advocacia, do Ministério Público e da

as suas três espécies e, no processo cautelar, igualmente, não se percebeu nenhuma inovação profunda ou estrutural. — O modelo processual então consagrado, de cunho eminentemente individualista e burocratizado, foi mantido no CPC de 1973. Ou seja, já nasceu velho, ultrapassado no tempo e, por isso mesmo, durante a própria *vacatio legis*, já mereceu várias alterações em seu texto, operadas por obra da Lei n. 5.925, de 1º de outubro de 1973. Posteriormente, diversas leis esparsas cuidaram de modificar o Código de Processo Civil. (...) — Esse conjunto de alterações pontuais do Código de Processo Civil, em razão da profundidade das modificações introduzidas, recebeu a denominação de reforma. Posteriormente, no afã de implementar mudanças outras, necessárias para a simplificação e aceleração do processo, e mesmo aprimorar e corrigir algumas inovações trazidas com a reforma, veio a lume outro pacote de leis, também modificando em substância o Código de Processo Civil. (...) A par disso, os Presidentes da República, do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, firmaram um Pacto pelo Poder Judiciário mais Rápido, Eficiente e Republicano, com o que elegeram um conjunto de projetos fundamentais para a reforma infraconstitucional do Judiciário...” (SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. Informatização do processo. In: **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. LTr: São Paulo, 2007, p. 418-420.

⁵³ Aviso nº 1.141, de 29 de outubro de 1999, assinado pelo então Ministro da Justiça, José Carlos Dias.

magistratura, que teve como ponto alto a III Jornada Brasileira de Direito Processual Penal, no período de 23 a 26 de agosto de 2000, em Brasília/DF, finalmente, em 6 de dezembro de 2000, a Presidente, Ada Pellegrini Grinover e o Secretário, Petrônio Calmon Filho, entregaram ao Ministro da Justiça, José Gregori, os textos finais de sete anteprojetos de lei.

Sem embargo de levar adiante a tarefa de produzir reformas tópicas, a comissão se preocupou em manter a *unidade e homogeneidade do sistema* do ordenamento processual penal, tendo como linha de orientação alterações que tomassem por base institutos processuais inteiros, não apenas sobre alguns dispositivos, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros.

Um total de onze propostas foi agrupado em sete anteprojetos, que se transformaram nos projetos de lei a saber:

- a) PL 4.203/2001, transformado na Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008 (tribunal do júri): vigência a partir de 10 de agosto de 2008.
- b) PL 4.204/2001, transformado na Lei nº 10.792, de 2003 (Interrogatório e defesa efetiva), em vigor a partir da data de publicação.
- c) PL 4.205/2001, transformado na Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 (Provas): vigência a partir de 10 de agosto de 2008.
- d) PL 4.206/2001 (Recursos e ações de impugnação).
- e) PL 4.207/2001, transformado na Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 (Suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e Procedimentos): vigência a partir de 23 de agosto de 2008.
- f) PL 4.208/2001, transformado na Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 (Prisão, medidas cautelares, fiança e liberdade).
- g) PL 4.209/2001 (Investigação criminal).

A leitura conjunta desses sete projetos de lei revela que a reforma sugerida pela Comissão do Ministério da Justiça, apesar de tópica, é ampla, não apenas porque abrange todo o processo de conhecimento e cautelar, nas fases pré-processual (investigatória), postulatória, probatória, decisória e recursal, mas porque ela é, antes de tudo, substancial, na medida em que modifica a estrutura do Código de Processo Penal, a fim de adequá-lo à Constituição de 1988, a partir do modelo acusatório.

A ideia é reformar o Código de Processo Penal a fim de adequá-lo à Constituição de 1988, especialmente em relação aos direitos fundamentais, e à Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo como orientação, ainda, o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América e em consideração as peculiaridades locais.

3.2.1. Críticas ao método da reforma tópica

De primeiro, não se pode deixar de consignar que as Leis nºs 10.792, de 2003, 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, e 12.403, de 2011, produziram mudança profunda e representam grande avanço para o ordenamento processual brasileiro. Isso é patente e merece ser ressaltado. Mas não se pode deixar de fazer as críticas pertinentes ao método escolhido para a reforma.

Com efeito, nada obstante todo o cuidado da comissão que elaborou as propostas, era patente o risco de fragmentação do sistema, diante da falta de sistematização sólida e coerência, na medida em que não foi elaborado um novo código. O risco de as novas regras, embasadas na ideia democrática e do sistema acusatório, terem de conviver com aquelas impregnadas de forte conteúdo inquisitivo, que não fossem modificadas menos pela falta de atenção do que pelo fato de

não ter sido, formalmente, reescrito um novo código, era muito grande. Aliás, há de se reconhecer que, mesmo que tivesse sido elaborado um novo código, ainda assim, a possibilidade de incongruência sistemática em alguns pontos seria bastante concreta. Mas seria, certamente, em menor medida.

Mas isso não é o pior. Pelo que foi expandido, a reforma do Código de Processo Penal pretendida, apesar de materializada por meio de sete propostas tópicas, promove alteração global e, mais do que isso, substancial de todo o sistema processual. Contudo, em que pese tenham sido apresentados sete projetos para esse fim, em 2003, foi aprovado só um (Lei nº 10.792), enquanto mais três em 2008 (Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719). Quase três anos depois, mais um (Lei nº 12.403). Esse acontecimento permite que se identifique na Reforma Tópica duas fases: a primeira, iniciou em 2003, com a 10.792, e foi concluída em 2008, com as Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719; a segunda, em 2011, com a Lei nº 12.403.

Ao se privilegiar a reforma global fatiada do Código de Processo Penal sabia-se dos prejuízos à reforma, caso não fossem aprovados todos os projetos ou mesmo, diante das vicissitudes do processo legislativo, houvesse a demora legislativa em concluir a votação de alguns deles. Nesse caso, com a aprovação, primeiro, de 4 (quatro) dos sete projetos, e, depois, quase 3 (três) anos após, de apenas mais um, o suporte sistêmico e global que o conjunto das propostas tópicas da Comissão de Reforma cuidadosamente teve em mira preservar foi, irremediavelmente, comprometido.

Assim, o Código de Processo Penal em vigor que, devido à sua própria gênese e às alterações que lhe foram feitas ao longo de quase 70 (setenta) anos, já se apresentava assistemático, restou ainda mais desarticulado. Ou seja, enquanto em relação à efetividade da defesa, com a modificação do interrogatório, aos procedimentos ordinário, sumário e especiais, às provas e ao tratamento dispensado ao acusado e à vítima existem regras normativas sobremaneira avançadas, elaboradas sob a perspectiva da posição hegemônica dos direitos fundamentais em um sistema normatizado de modelo acusatório, no que diz respeito a outros institutos disciplinados pelo mesmo código, como o inquérito policial, a prisão, as medidas cautelares e os recursos, os dispositivos estão vazados sob uma perspectiva ditatorial, policialesca, de acordo com um sistema misto, com forte influência inquisitiva. A aprovação da Lei 12.403, de 2011, diminui o problema, mas, naturalmente, não o elimina. Falta aprovar os outros dois projetos de lei.

Note-se que entre a aprovação da primeira lei do conjunto das propostas que dão forma à reforma global e as três últimas, há um espaço temporal de nada mais nada menos do que praticamente cinco anos. A Lei nº 10.792, de 2003, destinada a modificar o interrogatório, de modo a dar-lhe o tratamento de genuíno meio de defesa, dentro da concepção de um sistema acusatório com esteio na materialização da chamada *defesa efetiva*, teve de ser aplicada, durante mais de quatro anos, dentro da sistemática anterior, que, concebida em compasso com a ideia inquisitiva, ao conferir ao depoimento do acusado a natureza jurídica de prova, colocava esse ato processual como o primeiro a ser praticado após o ajuizamento da ação penal, antes até mesmo da defesa. Ou seja, era praticado um ato instrutório quando o acusado não tinha sequer feito, ainda, a sua defesa. Por isso mesmo, o juiz fazia as perguntas tendo a visão dos fatos apenas sob as lentes da ação penal. Dessa forma, a ideia efetiva da Lei nº 10.792, de 2003, só veio a ganhar substância com a aprovação da Lei nº 11.719, de 2008, que, complementando a nova disciplina dada ao interrogatório, desconstruiu completamente a natureza probatória desse ato processual, para colocá-lo como efetivo meio de defesa, na qualidade de direito outorgado ao acusado de, após a produção de todas as provas, poder, em audiência perante o juiz, na qual está presente quem é o responsável pela imputação criminosa que lhe é feita, dar a sua versão dos fatos, produzindo aquilo que se convencionou chamar *defesa natural* (direito de audiência), subprincípio da cláusula constitucional da ampla defesa. O mesmo se verifica com a aprovação da Lei nº 12.403, de 2011. Só agora se compreende, ao certo, porque o ofendido deve ser intimado das decisões sobre a prisão do acusado. É que, como aqui exposto, diante das alterações operadas pela Lei nº 12.403, de 2011, o ofendido tem legitimidade para pedir a aplicação de qualquer medida cautelar, seja ela detentiva,

ou não⁵⁴.

Como se nota, para uma melhor consistência e coerência sistêmica do ordenamento processual penal, não se pode deixar de reconhecer, era de fundamental importância que todos os projetos fossem aprovados e entrassem em vigor no mesmo momento.

Mas não é só. Há várias incongruências entre as 5 (cinco) leis aprovadas que compõem, até aqui, a Reforma Tópica (global) do processo penal, algumas delas mercê das diversas alterações que foram introduzidas no Parlamento, as quais nem sempre observaram a coerência sistêmica esboçada pela Comissão de Reforma, especialmente em razão da dinâmica de trabalho nas Casas Legislativas. O mais grave é que os três projetos de lei que foram transformados nas Leis nºs 11.689; 11.690 e 11.719, de 2008, apesar de aprovados em conjunto no Parlamento, tiveram relatores diferentes tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado, quando tudo recomendam, em uma reforma tópica, um relator único, em cada Casa Legislativa, para todos os projetos⁵⁵.

A falta de adoção dessa regra trouxe alguns senões que comprometem a integridade e coerência sistêmica da reforma do Código de Processo Penal. Vamos pinçar, aqui, aquelas que se apresentam mais evidentes, e que, de certo modo, podem dar ensejo a sérias divergências.

A fim de sanar a atecnia do Código de Processo Penal, a Lei nº 11.719, de 2008, procurou eliminar a confusão entre procedimento e processo⁵⁶ e disse que os procedimentos comuns seriam o ordinário, o sumário e o sumaríssimo. O rito referente ao tribunal do júri, dessa forma, passou a ser considerado procedimento especial. Nada obstante, não se atentou para alterar as nomenclaturas tanto do Livro II, quanto dos Títulos I e II, de modo que os procedimentos comum e especial estão inseridos no Livro *DOS PROCESSOS EM ESPECIE*, e, respectivamente, nos Títulos *DO PROCESSO COMUM* e *DOS PROCESSOS ESPECIAIS*. Ora, o que é comum ou especial é o procedimento, não o processo. Como se não bastasse, os procedimentos do tribunal do júri e do sumário permaneceram na mesma localização topográfica no Código. Com isso, o procedimento do tribunal do júri continua no Título I, cuja rubrica é *DO PROCESSO COMUM*, enquanto o procedimento sumário, agora reconhecido como comum, está no Título II, cuja denominação é *DOS PROCESSOS ESPECIAIS*. Quem lê o código fica perplexo, situação que só é explicada com o bosquejo histórico.

O art. 394, § 4º, do Código de Processo Penal, diz que os arts. 395 a 398 se aplicam a todos os procedimentos, ordinário, sumário, sumaríssimo e especial, mesmo àqueles disciplinados em lei extravagante, porém o art. 398 não existe, uma vez que não foi aprovado pelo Parlamento.

Na ideia original da Comissão de Reforma, o juízo de admissibilidade da denúncia deveria ocorrer, apenas, depois da defesa escrita. Houve alteração no Parlamento, de modo que o art. 396, caput, do CPP ((Lei nº 11.719, de 2008), deixa claro que, não sendo rejeitada a denúncia, o juiz deverá recebê-la, mas, por lapso, não se fez a alteração do art. 399, caput, do CPP (Lei nº 11.719, de 2008) que, em sintonia com o texto original, assevera que, após a defesa, não tendo sido o caso de absolvição sumária, o juiz receberá a denúncia. Fica a falsa impressão de que o juízo de admissibilidade da ação penal se dará em dois momentos distintos⁵⁷.

De acordo com o texto do art. 396-A, caput, parte final do CPP, introduzido pela Lei nº 11.719, de 2008, ao arrolar testemunhas, a defesa, caso queira que haja intimação pelo Judiciário, terá de demonstrar a necessidade. Porém, em se tratando de um sistema acusatório, no qual o Ministério Público deve ser tratado como parte e não pode ter privilégios em relação ao acusado, deveria ter sido providenciada, igualmente, a modificação do art. 41 do CPP, para dizer que a mesma providência há de ser feita na denúncia, ao indicar as testemunhas⁵⁸. Ademais, inovando em relação ao antigo art. 455, caput, do CPP, o art. 461, caput, com a redação determinada pela Lei nº 11.689, de 2008, diz que o julgamento pelo júri não será adiado se a testemunha não

⁵⁴ Cf. item 6.1.7.3, *infra*.

⁵⁵ Ainda assim, em razão da demora da sanção presidencial em relação à Lei nº 11.719, de 2008, essa Lei só entrou em vigor depois das outras duas.

⁵⁶ Cf. item 5, *infra*.

⁵⁷ Cf. item 5.1.3, *infra*.

⁵⁸ Cf. item 5.1.1.2, *infra*, que faz abordagem sobre os requisitos da ação penal.

comparecer à sessão, salvo se uma das partes, ou seja, Ministério Público ou a defesa, houver requerido a intimação por mandado. Ou seja, de praxe, não haverá intimação judicial, sendo da alçada tanto do Ministério Público quanto da defesa providenciar o comparecimento das testemunhas por eles arroladas.

O mesmo art. 396-A, caput, na penúltima parte, exige que, com a resposta, a defesa, desde logo, especifique as provas que pretende sejam produzidas, o que compreende o requerimento de perícia. Nada obstante, não se providenciou, igualmente, modificação no art. 41 do CPP, para deixar claro que o pedido de esclarecimentos periciais pelo Ministério Público, em homenagem à cláusula da isonomia, tem de ser na denúncia.

Ao tratar do prazo para a defesa quando a citação é feita por edital, o art. 396, parágrafo único, do CPP, acrescentado pela Lei nº 11.719, de 2008, preceitua que o prazo, de dez dias, será contado “... a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído”, quando, em verdade, o chamamento não será para ele comparecer em Juízo, mas sim para ele se defender, daí por que o prazo deveria ser contado a partir da publicação do edital⁵⁹. O inciso IV do art. 365 do CPP, ao dizer que o edital indicará “o juízo e o dia, a hora e o lugar em que o réu deverá comparecer”, assim o fez porque, antes das alterações da Lei nº 11.719, de 2008, o acusado era citado para ser interrogado. Agora, como a citação é para se defender, não tem mais sentido o edital de citação assinalar uma data e local para comparecimento do acusado. Faltou fazer essa correção.

Os incisos I e II do art. 363 do Código de Processo Penal foram revogados pela Lei nº 11.719, de 2008, porém, não se providenciou a revogação, igualmente, do art. 364, cujo conteúdo faz referências àqueles incisos.

O § 1º do art. 363 do CPP, introduzido pela Lei nº 11.719, de 2008, ao tratar da citação por edital, não faz qualquer referência a prazo, porém, o art. 361 da redação originária do Código de Processo Penal estabelece, para o caso de citação por edital, o prazo de 15 (quinze) dias.

O art. 399, caput, do CPP (Lei nº 11.719), ao indicar as pessoas que deverão, necessariamente, ser intimadas para a audiência de instrução e julgamento, omite o ofendido, enquanto o § 2º do art. 210 do CPP (Lei nº 11.690, de 2008), a torna obrigatória, mesmo que não seja para depor.

No que diz respeito à inquirição das testemunhas, em harmonia com o sistema acusatório, adotou-se o sistema direto ou do *cross examination* (art. 212, caput, primeira parte, do CPP — Lei nº 11.690, de 2008), a par de, em consonância com esse modelo, definir que a função do juiz se restringe à complementação sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, do CPP — Lei nº 11.690, de 2008)⁶⁰. Em direção diametralmente oposta e inadequada, o art. 473, caput do CPP (Lei nº 11.689, de 2008), apesar de adotar o sistema direto, dá a ordem de inquirição com o juiz sendo o primeiro a fazer perguntas, em nada se justificando esse tratamento diferente, ainda que se trate de sessão do tribunal do júri.

O art. 185, § 1º, do CPP (Lei nº 10.792, de 2003), determina, como regra, o interrogatório do preso no estabelecimento prisional, enquanto o art. 399 e seu § 1º do CPP (Lei nº 11.719, de 2008), que será em audiência, devendo ser feita a requisição para o comparecimento. No art. 188 do CPP (Lei nº 10.792, de 2003), tendo em conta que o interrogatório é exercício do direito de defesa, que se traduz, em verdade, no direito de audiência do acusado com o responsável pelo seu julgamento, foi mantido o sistema presidencial, cabendo às partes apenas a complementação, enquanto na sessão do tribunal do júri, por força do art. 457, § 1º, do CPP (Lei nº 11.689, de 2008), permite-se as perguntas diretas pelas partes⁶¹.

A Lei nº 10.792, de 2003, embora tenha modificado o art. 186 do CPP, para dizer, no parágrafo único, que “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”, inadvertidamente, deixou de revogar o art. 198, que tem conteúdo diametralmente oposto: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir

⁵⁹ Cf. item 5.1.5.2, infra, que trata da crítica ao prazo para a resposta, quando a citação é feita por edital.

⁶⁰ Cf. item 5.1.8.5.1, infra. No referido item, é feita a explanação sobre a adoção do sistema do *cross examination*.

⁶¹ Cf. item 5.1.5.11, infra, a respeito do sistema do interrogatório.

elemento para a formação do convencimento do juiz.”

Em relação ao júri, o art. 409 (Lei nº 11.689) estabelece que o Ministério Público deve ser ouvido, no prazo de cinco dias, sobre as preliminares e documentos, enquanto o art. 397, caput (Lei nº 11.719), em relação aos demais procedimentos, silencia quanto a essa necessidade, em homenagem ao princípio do contraditório⁶².

A absolvição sumária está prevista tanto para os demais procedimentos (art. 397, I a IV — Lei nº 11.719) como para o rito do tribunal do júri (art. 415, I a IV — Lei nº 11.689), sem harmonia da terminologia. Ademais, há previsão da *extinção da punibilidade* (art. 397, IV — Lei nº 11.719, de 2008) como causa de absolvição sumária apenas para os demais procedimentos, enquanto só para o júri quando *provada a inexistência do fato*, (art. 415, I, do CPP) ou quando existente *prova de não ser o acusado autor ou partícipe do fato* (art. 415, II, do CPP, com redação da Lei nº 11.689, de 2008)⁶³.

No caso desse julgamento abreviado, em relação aos demais procedimentos, não se diz qual é o recurso cabível, ao passo que, em se tratando de processo afeto ao tribunal do júri, fala-se que é o de apelação (art. 416 do CPP — Lei nº 11.689, de 2008).

A prescrição, por força do art. 397, IV, do CPP, introduzido pela Lei nº 11.719, de 2008, está no rol das hipóteses de absolvição sumária. Todavia, não foi prevista como absolvição liminar no procedimento relativo aos crimes da competência do tribunal do júri, plasmada no art. 415 do CPP e, nem muito menos, consta do rol dos incisos do art. 386 do CPP, que trata da sentença absolutória⁶⁴.

Muito embora toda a reforma esteja calcada no princípio acusatório, não houve a alteração do art. 385 do Código de Processo Penal, que possibilita a prolação de sentença condenatória, mesmo quando o Ministério Público pede a absolvição. Essa regra era compatível com o sistema misto, de modo que a adoção do modelo acusatório com ela se atrita.

Revogou-se o art. 594 (Lei nº 11.719, de 2008), que condicionava o direito a recurso, quando o acusado não era primário ou não tinha bons antecedentes, ao prévio recolhimento à prisão, mas não foi revogado, igualmente, o art. 595, que falava em deserção, no caso de fuga, assim como perdeu-se a oportunidade, mais uma vez, de revogar o inciso I do art. 393, que já deveria ter sido revogado pela Lei Fleury. O legislador só cuidou de revogar os arts. 393 e 595 do CPP na segunda etapa da Reforma Tópica, quando entrou em vigor a Lei nº 12.403, de 2011.

Um dos fins da Reforma Tópica é consolidar a cláusula da justiça restaurativa, porém, não se promoveu, com a Lei nº 12.403, de 2011, modificação no art. 326 do CPP, a fim de estabelecer, dentre os critérios para a fixação do valor da fiança, o prejuízo ocasionado com a infração⁶⁵.

A mais gritante de todas as incongruências, porém, é a do art. 265 do Código de Processo Penal. Por pura falta de atenção, o referido dispositivo tem o caput, os §§ 1º e 2º e um parágrafo único, sendo que o conteúdo deste é diametralmente oposto ao que dizem aqueles dois. Nos parágrafos, como inovação, afirma-se que, diante da impossibilidade de comparecimento do defensor, é possível adiar-se a audiência, enquanto no parágrafo único continua a regra anterior, segundo a qual essa circunstância não é motivo para o adiamento de nenhum ato judicial.

Como se verifica, a Reforma Tópica trouxe sério comprometimento da organização sistêmica do Código de Processo Penal. Ainda assim, em um primeiro instante, pareceu no mínimo despropositada a criação, pelo Senado Federal, de uma comissão de juristas para estudar a elaboração de um novo Código de Processo Penal, logo após a aprovação das Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, especialmente quando ainda estavam pendentes de apreciação, no Congresso Nacional, mais três projetos de lei. Mesmo com a aprovação da Lei nº 12.403, de 2011, e ainda que sejam aprovados os outros dois projetos de lei, é mais do que necessária a edição de

⁶² Cf. item 5.1.6, *infra*, sobre a possibilidade de impugnação às preliminares e documentos tratados na resposta do acusado.

⁶³ Cf. item 5.1.7, *infra*.

⁶⁴ Cf. itens 5.1.9.8.4 e 5.3.1.3, *infra*.

⁶⁵ Cf. item 6.3.1.9.5, *infra*.

um novo Código de Processo Penal. Como é natural, o projeto de novo Código de Processo Penal, já aprovado no Senado, merece várias críticas, ao passo que avança em algumas questões. Certamente a parte que merece maior atenção é quanto aos procedimentos, pois representa, a nossa sentir, retrocesso em relação à sistemática introduzida em nosso sistema com a Reforma Tópica. Outro ponto a merecer preocupação no projeto de novo CPP é quanto aos recursos, diante da pretensão de trazer para a área criminal a experiência do cível, no sentido de permitir, em princípio, impugnação de toda e qualquer decisão interlocutória, ademais de, em algumas questões, servir para permitir a rediscussão de assuntos que foram objeto de deliberação na aprovação da primeira fase da Reforma Tópica.

Não se pode pretender com o novo Código de Processo Penal fazer uma espécie de *reforma da reforma*, mantendo a linha de ação encetada com a Reforma Tópica, a qual está embasada no que há de mais moderno na área criminal, com os ajustes necessários, notadamente no sentido de tornar mais presente a oralidade.

Aliás, as várias reformas pontuais, especialmente a última, comentada mais amiúde neste livro, que mexe na estrutura do Código de Processo Penal, se apresenta como importante instrumento a permitir que, agora, se parta, decisivamente, para a edição de um novo Código, elaborado com melhor método e disposição dos institutos, tal como se deu no ambiente civil, com a edição do NCPD, de modo a colocar os dispositivos conforme o desenvolvimento lógico das fases investigatória, postulatória (ação e defesa), probatória, decisória e recursal, ademais da reorganização quanto à disposição de alguns assuntos, a exemplo do interrogatório, que não pode mais ficar no título referente às provas.

O novo Código de Processo Penal, proposto por meio do Projeto de Lei nº 156, de 2009, já aprovado no Senado, à espera de deliberação da Câmara dos Deputados, em linhas gerais, embora tenha incluído algumas novidades, como a figura do *juiz das garantias*, preservou os avanços promovidos com a Reforma Tópica. Infelizmente, na parte referente aos procedimentos, não foi mantida a ideia da concentração, sendo alvitrada a possibilidade de o juiz, em detrimento da audiência una, fracionar a instrução processual.

3.2.2. Aspectos centrais da reforma tópica/global do Código de Processo Penal

Como se vê, menos pelas leis aprovadas e mais pela forma adotada para a reforma global do Código de Processo Penal, que contou com a colaboração decisiva do Parlamento, na medida em que, do conjunto dos sete projetos, aprovou 1 (um), depois de cinco anos, mais três (3) e, por fim, quase 3 (três) anos depois, mais 1 (um), há uma patente e substancial desarmonia normativa no arcabouço do Código de Processo Penal. A despeito da necessidade de reorganização das ideias, a ser promovida com a edição efetiva de um novo Código de Processo Penal, a arte da interpretação deve ser utilizada como ferramenta para contornar as dificuldades para um olhar sistêmico e coerente do ordenamento processual criminal.

Nessa empreitada, a efetiva compreensão dos aspectos centrais da reforma global do Código de Processo Penal, subjacente no conjunto das sete propostas encaminhadas pelo Executivo ao Congresso Nacional, é importante contribuição para a interpretação sistêmica. De uma análise dos movimentos de reforma do Processo Penal no Direito Comparado, das posições e compromissos assumidos pelo Brasil perante a ordem internacional, da dogmática jurídica formada pela doutrina dominante e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, das sete propostas tópicas que perfazem o conjunto da reforma global, por ora apenas parcialmente implementadas com a aprovação de 5 (cinco) delas em lei, o domínio das ideias a esse respeito pode ser dividido em: (1) Democratização do processo penal, alinhando-o à proteção dos direitos fundamentais, nos termos da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. (2) Desconstrução do sistema misto, com conseqüente sedimentação do sistema acusatório, com todos os seus corolários lógicos: o juiz é o garantidor do processo e o Ministério Público assume definitivamente o papel de *dominus litis* da ação penal de iniciativa pública. (3)

Duração razoável do processo. (4) Defesa efetiva e interrogatório no contexto do princípio da ampla defesa. (5) Simplificação, com plena adoção do princípio da oralidade, com a documentação dos atos praticados em audiência sem a necessidade de transcrição, e concentração dos atos processuais. (6) Maior proteção e assistência da vítima e satisfação de seus interesses, notadamente em relação à indenização pelos danos sofridos com a ação ilícita. (7) prisão processual como exceção, com a previsão de medidas cautelares diversas da prisão e redefinição do papel da fiança.

3.2.2.1. Democratização do processo penal, alinhando-o à proteção dos direitos fundamentais, nos termos da Constituição

O sentido nuclear da reforma global do sistema processual penal é a sua adequação à Constituição de 1988, notadamente quanto sua organização com base nos direitos fundamentais. Note-se que, após a Segunda Guerra Mundial, surgiu um novo paradigma constitucional que dá suporte para falar-se daquilo que se convencionou, entre os doutrinadores estrangeiros, denominar *Estado (neo)constitucional*.

O constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli⁶⁶, em estudo dessa questão, leciona que, se a primeira mutação do paradigma do Direito adveio com o nascimento do Estado moderno, “*un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo com la subordinación de la legalidad misma — garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad — a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez*”.

De acordo como o contexto dessa nova ideia de Estado — o chamado *Estado Constitucional*, os direitos fundamentais possuem função *fundamentadora, interpretativa e supletiva* do ordenamento jurídico processual penal⁶⁷. Nada obstante boa parte dos países, ao final da Segunda Guerra, seguindo a orientação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, voltou a cultivar os direitos fundamentais, o Brasil não teve tempo suficiente para modificar a cultura do processo penal. Até porque a Constituição de 1946, embora tenha reeditado a supremacia dos direitos fundamentais em relação à *vontade do Estado*, teve curta vigência, uma vez que foi revogada pela Constituição de 1967, que, em relação a essa espécie de direitos, teve representação meramente simbólica. O *Direito subconstitucional nacional* permaneceu com a sua função hegemônica do ordenamento jurídico, razão pela qual o intérprete, na busca das respostas jurídicas para os casos concretos sobre os quais tinha que se posicionar, olhava o sistema de *cima para baixo*, partindo da legislação ordinária para o texto constitucional. A norma constitucional, dessa forma, tinha uma *função complementar*, e não propriamente *fundamentadora, interpretativa e supletiva* do sistema jurídico.

A mudança de paradigma em nosso meio começou a partir da segunda metade dos anos oitenta, cuja base normativa é a Constituição de 1988, marco da *(re)tomada* da democracia como ideologia política do poder político nacional. Daí em diante, o sistema jurídico, em especial o

⁶⁶ Pasado y futuro del Estado de derecho. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trota, 2003. p. 18. Robert Alexy realça, com inteira procedência, que, no Estado constitucional, os direitos fundamentais se exprimem por meio de quatro características bem singulares: (a) são as normas de maior grau no sistema, de modo que todas as demais lhe devem conformação; (b) possuem a máxima força jurídica, no sentido de que vinculam não apenas o Executivo e o Judiciário, mas igualmente o Legislativo, o que implica dizer “... que cada juez debe tener en cuenta em cada decisión los derechos fundamentales”, (c) têm como objeto bens jurídicos da mais alta importância para o grupo social, não só do ponto de vista individual como coletivo; (d) alto grau de indeterminação, o que exige acurado trabalho interpretativo, pois o seu conteúdo somente é possível de ser identificado caso se some ao enunciado normativo a jurisprudência consolidada sobre os mais diversos aspectos pertinentes a sua abordagem Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trota, 2003. p.34-36.

⁶⁷ Em comentário sobre a reforma do processo penal operada na Itália, Mario Chiavario afirma que, no preâmbulo da Lei que delegou ao governo a redação do novo código, ficou ressaltado que um dos objetivos principais seria, além do respeito aos princípios constitucionais, a observância das cláusulas das convenções internacionais. (Processo penal na Itália. O processo penal na França. In: **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia**. Mireille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.)

processo penal, na esteira do ideário democrático, que tem como valor supremo os direitos fundamentais, necessita ser *(re)estruturado e visto* sob a perspectiva do conteúdo normativo e democrático dessas normas constitucionais, e não mais como um *instrumento de força* do Estado, como fora concebido quando editado sob a batuta da Carta de 1937.

Nesse novo modelo, as normas constitucionais, especialmente as que expressam valores essenciais, habitam, efetivamente, a pirâmide do sistema jurídico, nos sentidos formal e material, daí por que elas exercem a função hegemônica da ordem jurídica, relegando a segundo plano a legislação infraconstitucional. No *paradigma do Estado Democrático-Constitucional*, a Constituição é a ordem jurídica *global e concreta* que estabelece a base teórica de todo o ordenamento jurídico, cuja essência está na declaração, em forma de princípios, dos direitos fundamentais.

Se o processo penal regula o *dever-poder* da persecução criminal do Estado na perspectiva democrática, ele é um instrumento de tutela dos direitos essenciais da pessoa humana, razão pela qual a finalidade da reforma global foi, exatamente, alterar o modelo ditatorial e policialesco com o qual foi elaborado o Código de Processo Penal, a fim de adaptá-lo ao perfil do Estado constitucional, que tem como diretriz a pauta de valores escrita por meio dos direitos fundamentais declarados na Constituição. A par disso, mesmo em relação aos dispositivos que, por não terem sido objeto de alteração, permanecem com a sua redação originária, o Código deve ser enxergado sob uma nova perspectiva, a democrática, perquirida, principalmente, com a compreensão dos valores que alicerçam os direitos fundamentais.

A Presidente da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, ao enviar a proposta de reforma do Código de Processo Penal, que resultou na aprovação da Lei nº 10.792, em 2003, e, depois, das Leis 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008, e 12.403, de 2011, ao redigir a exposição de motivos, ressaltou, como primeiro aspecto, que a ideia era alterar esse ordenamento para adaptá-lo ao conjunto de *princípios e regras* introduzidos no sistema penal pela Constituição de 1988.

3.2.2.2. Desconstrução do sistema misto, com conseqüente sedimentação do sistema acusatório, com todos os seus corolários lógicos: o juiz é o garantidor do processo e o Ministério Público assume definitivamente o papel de *dominus litis* da ação penal de iniciativa pública

O sistema adotado pelo Código de Processo Penal era o misto, com forte sotaque inquisitivo, razão pela qual havia exceções ao princípio acusatório, com a admissão de que, em alguns casos, o processo tivesse início por provocação do próprio juiz. O Código de Processo Penal chegava ao ponto de prever, no art. 531, que o processo criminal relativo às contravenções penais teria início com o auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, ou a requerimento do Ministério Público, forma que foi estendida, por força da Lei nº 4.611, de 1965, para as lesões corporais e homicídios culposos⁶⁸. Desse modo, na sistemática do Código de Processo Penal, adotou-se um sistema misto, pois, embora como regra geral o processo fosse organizado sob a batuta do sistema acusatório, para alguns casos — contravenções, homicídios e lesões corporais culposos —, o processo podia ter início por portaria do juiz, o que é próprio do sistema inquisitivo.

A circunstância de o legislador ter seguido um sistema misto, naturalmente, teve repercussão igualmente na redação de outros dispositivos, especialmente quanto à definição do papel que pode ser desempenhado tanto pelo juiz quanto pelo Ministério Público na relação processual.

⁶⁸ Vicente Greco resalta que essas exceções ao princípio acusatório, “... apesar de terem resistido ao crivo jurisdicional por mais de 30 anos, eram, na verdade, inconstitucionais, e no novo texto constitucional desapareceram totalmente.” (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 73). Como se nota, o processo poderia ser iniciado, de ofício, tanto pela autoridade policial quanto pelo juiz, algo que é difícil, hoje, acreditar que tenha vigorado em nosso sistema, até 1988.

Em alguns sistemas, como é o caso do português, a própria Constituição, de forma expressa, estabelece o sistema acusatório como o modelo do ordenamento processual penal. Embora a Constituição de 1988 não tenha seguido essa linha, pode-se dizer que, implicitamente, acolheu o sistema acusatório como princípio reitor do processo penal, até porque este é o único que se pauta em consonância com o modelo de Estado democrático. A interpretação sistemática da Constituição de 1988 conduz à conclusão de que o princípio acusatório está imanente no nosso ordenamento jurídico, a partir do momento em que, com a redação do art. 129, inciso I, da Constituição, tornou privativa do Ministério Público a propositura das ações penais de iniciativa pública⁶⁹. Ademais, ao cuidar de disciplinar a organização do Poder Judiciário e definir as suas atribuições, não conferiu aos juízes a possibilidade de ajuizar ação penal, sequer de fazer a instrução investigatória.

A importância do modelo acusatório para a construção de um ordenamento processual criminal sob a arquitetura constitucional democrática é de tal maneira que, no esboço daquilo que se pode denominar *Teoria Constitucional do Processo Penal*, esse princípio se apresenta como um dos seis que se sobressaem da leitura dos direitos fundamentais plasmados na Constituição que orientam essa doutrina, com todas as repercussões daí decorrentes⁷⁰.

O Código de Processo Penal, portanto, precisa ser revisitado sob as lentes de um ordenamento jurídico democrático efetivamente inaugurado com base na Constituição de 1988, o que implica que a sua leitura seja feita sob a concepção de que ele não é orientado mais pelo sistema misto, mas sim pelo acusatório.

Note-se que a maioria dos doutrinadores, com muita propriedade, prefere falar em *sistema inquisitivo, sistema misto e sistema acusatório*, a falar em *princípio inquisitivo, princípio misto ou princípio acusatório*, pois, na verdade, cada um deles representa um sistema processual distinto, com características determinantes, das quais resultam diversos princípios próprios à forma escolhida pelo legislador.

Há quem defenda, inclusive, que não há um sistema *misto puro*. Ou o sistema é acusatório ou misto. Por isso mesmo, com a mudança do nosso sistema processual que, ainda que tido como misto, era um sistema mais inquisitivo do que acusatório, não houve a simples alteração de um princípio específico do processo criminal, mas a transformação do paradigma mesmo desse ordenamento, advindo daí as mais diversas consequências, dentre elas a necessidade de modificação substancial do Código de processo Penal, a fim de adaptá-lo a esse novo perfil.

De fato, com a mudança do modelo misto com forte sotaque inquisitivo para o tipo acusatório, tem-se em mente a adoção de um sistema simplificado, transparente, oral, sendo o Ministério Público concebido como parte e assim tratado na relação processual, com substancial preocupação com as garantias do acusado, especialmente em relação à defesa efetiva, ao direito ao silêncio, à presunção de não-culpabilidade e à invalidade das provas obtidas por meios ilícitos, sem se descuidar de resguardar o juiz para o desempenho propriamente da função de julgador, sem se imiscuir naquelas reservadas a quem é o autor da ação.

Com acuidade, a comissão que tratou de elaborar a proposta de modificação do Código de Processo Penal apontou, como segunda orientação dos trabalhos, a consideração da necessidade de estruturá-lo de acordo com o *modelo acusatório*, com o perfeito delineamento das *funções da acusação, da defesa e do juiz*, sob a batuta de um processo pautado em uma relação processual própria de um *sistema de partes*.

⁶⁹ Na sistemática do processo criminal, a forma inquisitiva somente era admissível nos crimes que desafiavam ação penal de iniciativa pública. Por conseguinte, ao dizer que, nas ações penais de iniciativa pública, a função acusatória é privativa do Ministério Público, o constituinte suprimiu a possibilidade de a autoridade policial ou o juiz, em qualquer hipótese, dar início ao processo.

⁷⁰ SILVA JÚNIOR. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 553-605.

3.2.2.3. Duração razoável do processo

A morosidade do Judiciário é o centro de toda e qualquer abordagem crítica que lhe é feita, especialmente no âmbito criminal. Isso porque ela alimenta, decisivamente, o sentimento de impunidade, que se reaviva sempre que algum fato criminoso é explorado pela mídia. É um tema recorrente que desafia a identificação das causas e a busca de soluções.

O ponto de partida dessa questão é a análise e definição da duração razoável do processo. Os diversos níveis de complexidade de uma causa são determinantes na duração do processo. Os processos nos quais apurado crime organizado, pelas inúmeras conexões e atividades ilícitas envolvidas, não podem ser resolvidos com a mesma rapidez que se espera quando se trata de um furto simples.

O objeto do processo criminal é gerenciar a crise social gerada pela ação ilícita com o escopo voltado à manutenção e/ou restauração da segurança da vida em sociedade. Se assim é, mais do que o processo civil, o criminal precisa ser elaborado tendo como orientação a rápida solução do problema levado a julgamento pelo Judiciário. Se, de um lado, a demora do processo causa, na sociedade, a falsa impressão de impunidade, de outro, o decurso de excessivo espaço de tempo entre a ocorrência do fato e o julgamento definitivo do acusado torna ineficiente ou mesmo contraproducente a execução do que for determinado na sentença definitiva.

Isso porque, na medida em que se acredita que a solução criminal, qualquer que seja a situação do caso concreto, deve ser alvitada no propósito de buscar, dentro do possível, a recuperação do agente autor da ação ilícita, tem-se que a resposta criminal exige celeridade. A rapidez se impõe uma vez que, enquanto não for adotada a medida adequada para a recuperação do agente, ele, de regra, continuará no convívio com a sociedade, podendo, a todo e qualquer momento, exteriorizar a sua propensão ao delito ainda não tratada devidamente. Sem embargo disso, passado lapso temporal considerável após a ocorrência do delito, não só parece ineficiente, como indevido mesmo, submeter a pessoa ao cumprimento de uma medida ou sanção penal — principalmente esta —, quando, ao longo desse período, ele tenha demonstrado a sua plena recuperação⁷¹. Nesse caso, a pena seria meramente retributiva, o que não se mostra em sintonia com um sistema criminal de cunho democrático.

Em razão dessa demora na solução dos processos, o Brasil tem sido condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, no julgamento do *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, ocorrido em 2017, o país foi condenado pela violação, dentre outros, do prazo razoável para a investigação e responsabilização dos policiais envolvidos na *Chacina de Nova Brasília*⁷². No mesmo passo, no denominado *Caso Márcia Barbosa*, em 7 de setembro de 2021, a CDHI condenou o Brasil por ter violado o *prazo razoável na investigação e no curso do processo* quanto à punição e responsabilização dos autores do homicídio de Márcia Barbosa⁷³.

Observe-se, de outra banda, que a demora do processo criminal é tormentosa igualmente para o acusado, até pelos problemas pessoais, familiares e sociais que isso acarreta, incluídos os malefícios de ordem psicológica daí advindos, campo fértil para a proliferação de doenças psicossomáticas⁷⁴. Sensível a esse aspecto, alguns países inserem, dentre os direitos fundamentais, o direito do acusado de ser julgado dentro de um prazo razoável. Sem registro na tradição

⁷¹ Se o acusado, durante o lapso temporal posterior à prática do ilícito em apuração no processo, manteve-se comportado, convivendo normalmente com o grupo social, e mesmo com a demonstração de que as agruras do processo criminal fizeram com que se (re)orientasse na vida, não parece razoável que ele venha a ser compelido a cumprir uma sanção cujo escopo seja buscar uma recuperação que já ocorreu.

⁷² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-03/alves-franca-favela-brasil-va-brasil>. Acesso em: 6 fev. 2022.

⁷³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-03/falcao-marcia-barbosa-souza-outros-vs-brasil>. Acesso em: 6 fev. 2022.

⁷⁴ Em rumoroso caso de homicídio ocorrido em Município do interior do Rio Grande do Norte, diante da repercussão negativa do crime, ninguém queria defender o acusado. Em razão disso, o processo, à falta de advogado que aceitasse a causa, ficou certo tempo paralisado. O acusado, impaciente, mesmo solto, procurou o juiz de direito, para pedir que ele fosse, de uma vez por todas, julgado. No final, quando finalmente ocorreu a sessão do júri, foi absolvido. Esse não foi um caso isolado vivenciado na atividade forense.

constitucional nacional, a Constituição de 1988, conquanto tenha incorporado, ao lado do devido processo legal, outras garantias no rol dos direitos fundamentais, em sua redação originária, não trouxe nenhuma cláusula expressa quanto à celeridade do processo criminal na qualidade de direito afeto ao acusado, independentemente de ele se encontrar preso, ou não⁷⁵. De todo modo, o Supremo Tribunal Federal vinha reconhecendo que o direito do acusado ao julgamento em prazo razoável estava implícito em nosso sistema constitucional e, ademais, que ele estava garantido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, nos. 5 e 6), ratificada pelo Brasil⁷⁶.

No desiderato de contornar a omissão sentida na Constituição de 1988, a emenda Constitucional nº 45, de 2004, que cuidou da primeira etapa da Reforma do Judiciário, acrescentou ao rol dos direitos fundamentais, contemplado no art. 5º, o inciso LXXVIII, a fim de estabelecer que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

As Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, teve como uma das orientações centrais a preocupação em dotar o sistema criminal de mecanismos indispensáveis em busca de uma duração razoável do processo. A previsão de prazo máximo (no rito ordinário de 60 dias, no sumário de 30 dias e no júri de 90 dias) entre a data do recebimento da denúncia (entendida como a decisão interlocutória sobre os argumentos expostos na resposta do acusado) e a realização da audiência de instrução e julgamento no processo, não é mera retórica. Serve para estabelecer parâmetros para se observar o tempo razoável de duração do processo.

Infelizmente, o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica não tratou de estabelecer o prazo máximo da prisão preventiva, ou seja, a *duração razoável da prisão preventiva*. Assim, de forma expressa, tínhamos, apenas, o prazo de duração da prisão temporária que é, conforme o crime, de 5 (cinco) ou 30 (trinta) dias, prorrogável, respectivamente, por iguais prazos. De toda maneira, com a contagem dos prazos processuais, era possível afirmar qual era a duração razoável do processo, quando houvesse prisão preventiva. Estando o acusado preso, a estimativa do lapso temporal que caracterizava a duração razoável do processo se prestava para definir se, em um determinado caso concreto, o acusado estaria recolhido à prisão por mais tempo do que o permitido em lei, ou não. Inclusive, com base na estimativa de prazo para a conclusão do processo, feita a seguir, no item 6.2.5.3, infra, é estabelecida a duração razoável da prisão preventiva, lapso temporal que, quando extrapolado, em tese, caracteriza constrangimento ilegal, em razão de o acusado ficar preso por mais tempo do que o determinado em lei, sanável por via do habeas corpus.

A despeito dessa consideração, o legislador passou a ser mais incisivo quanto à duração razoável da prisão preventiva. Com efeito, já na Lei nº 12.850, de 2013, estabeleceu que, em relação ao crime organizado, diante da maior complexidade, não se aplica a regra temporal do procedimento ordinário, pois, quando se trata desse tipo de ilícito, “a instrução deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por ato procrastinatório atribuível ao réu”. Veja-se que, diferentemente do que consta quanto à estimativa da duração razoável do processo quando se trata dos ritos ordinário, sumário e o relativo aos processos da competência do tribunal do júri, o que o legislador da Lei nº 12.850, de 2013, se preocupou foi em estabelecer a duração razoável do tempo da prisão preventiva em si, quando se trata de crime praticado por organização criminosa.

Se o prazo máximo da prisão preventiva quando se trata de crime da gravidade daquele praticado por organização criminosa é de 120, prorrogável por igual prazo, o que não dizer quando se cuida de crime menos grave? A conclusão lógica que daí se retira é que, independentemente do crime praticado, o tempo máximo de duração da prisão preventiva sem o julgamento em primeiro grau é de 240 (duzentos e quarenta) dias, salvo quando houver justa causa para o retardamento do

⁷⁵ A Sexta Emenda à Constituição americana, em sua primeira parte, diz que “Em todo processo criminal, o acusado terá direito a um julgamento célere...”

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, Relator Ministro Celso de Mello, Classe: HC/SP, Segunda Turma, Data da decisão: 18/12/2000, Disponível em: www.stf.org.br/jurisprudencia. Acesso em: 14 fev. 2005.

trâmite processual.

Não infirma a assertiva acima, a inovação legislativa sobre o *prazo de validade da prisão preventiva*, trazida com a inclusão do parágrafo único no art. 316 do CPP pela Lei nº 13.964, de 2019. De fato, uma coisa é o *prazo de validade* da decretação da prisão, outra, diferente, é o prazo máximo de sua duração.

E aqui o destaque todo especial. Finalmente suprimindo a omissão da segunda etapa da Reforma Tópica, o legislador da Lei nº 13.964, de 2019, estabeleceu o prazo de validade da prisão preventiva, qual seja, 90 (noventa) dias. Assim, decretada a prisão preventiva, necessariamente, sob pena de revogação automática, o juiz precisa, no prazo de 90 dias, revisá-la, a fim de mantê-la, revogá-la e, até mesmo, sendo o caso, substituir por medida cautelar diversa da prisão.

Em resumo, quanto à prisão preventiva, além da duração razoável do processo como limite para a sua subsistência, ainda deve ser observado o seu prazo de validade, que se exaure a cada 90 dias, assim como o tempo total, que não pode superar 240 (duzentos e quarenta) dias. Salvo, claro, quando houver justificativa para que o prazo seja extrapolado, o que acontece, por exemplo, quando a defesa, ou mesmo o Ministério Público, indica como testemunha pessoa residente em país estrangeiro ou solicita perícia com maior grau de complexidade. Essa questão será aprofundada no item 6.2.5.3.2, infra.

Sem embargo desse aspecto, a delimitação da duração razoável do processo serve, ainda, como termômetro para verificar a eficiência da atuação jurisdicional e orientar a elaboração de plano estratégico, para fins de definição de metas a serem atingidas e, até mesmo, para que o Ministério Público, o ofendido e/ou sua família ou o próprio acusado reclamem diante da morosidade.

No Conselho Nacional de Justiça, em seu Regimento Interno, inclusive, há espécie de procedimento específico para reclamação contra a demora na tramitação do processo. A despeito disso, a *World Justice Project (WJP)*, organização internacional criada em 2006 para avaliar o desempenho da justiça criminal de 139 (cento e trinta e nove) países, quanto à duração dos processos, na avaliação em relação ao ano de 2021, colocou o Brasil na 133^a (centésima trigésima terceira) posição⁷⁷.

De outro lado, na sistemática anterior, a jurisprudência firmou o entendimento de que a duração razoável do processo era de 81 (oitenta e um) dias. Naturalmente, a modificação dos procedimentos exige a revisão desse prazo, que há de ser definido conforme as novas regras. Na primeira edição deste livro, fizemos o exame desse assunto e chegamos a estabelecer prazos específicos conforme os procedimentos ordinário, sumário e relativo ao tribunal do júri. Nesta segunda edição, estamos fazendo algumas complementações, diante de algumas variáveis, incluindo as situações em que a defesa é por defensor constituído ou pela defensoria pública ou dativa.

Como veremos a seguir, da conclusão e envio do inquérito policial até a decisão sobre a resposta do acusado os prazos são idênticos para os procedimentos ordinário, sumário e do tribunal do júri. As singularidades têm início com os prazos diferentes estabelecidos para a realização da audiência de instrução e julgamento, pois o do ordinário é de 60 (sessenta) dias, o do sumário é de 30 (trinta) dias e o do tribunal do júri de 90 (noventa) dias.

Para melhor exposição, o assunto será tratado abaixo, em três itens específicos para cada espécie de procedimento.

Antes de iniciar o exame dos prazos processuais para fins de estimativa da duração razoável do processo, registre-se que a Lei nº 12.483, de 8 de setembro de 2011, inseriu o art. 19-A na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, a fim de estabelecer a *prioridade na tramitação do inquérito e do processo criminal em que figure indiciado, acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunhas protegidas pelos programas de que trata a lei*.

No mesmo sentido, a Lei nº 13.285, 10 de maio de 2016, enxertou no CPP o art. 394-A, no escopo de fixar a prioridade na tramitação, em todas as instâncias, dos processos que apurem

⁷⁷ Disponível em: <https://www.oantonista.com/brasil/o-desastre-da-justica-criminal-brasileira/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

a prática de crime hediondo.

3.2.2.3.1. Duração razoável do processo no procedimento ordinário

Antes de mencionar cada um dos prazos, é preciso fazer alguns esclarecimentos. Na contagem dos prazos, vamos partir da premissa de que não seria gasto um dia sequer para a distribuição, uma vez que a Constituição determina que seja imediata. Isso não é impossível e, em se tratando de acusado preso, é necessário que seja observado. Note-se que na Justiça Federal da Quinta Região, nos juízos informatizados, que estão utilizando o Processo Judicial Eletrônico — PJE, a distribuição é automática, a qualquer hora do dia, com o envio do documento.

Por outro lado, o CPP não regula, expressamente, o prazo para cumprimento de mandado pelo oficial de justiça. Assim, aqui se aplicou, analogicamente, o prazo de dois dias previsto para que o escrivão cumpra as determinações do juiz, estampado no art. 799 do CPP. A esse respeito, releva ter presente que dificilmente um mandado é cumprido pelo oficial de justiça no prazo de dois dias. Em qualquer lugar do mundo, mesmo um tempo médio entre cinco a dez dias para o cumprimento dos mandados pelos oficiais de justiça seria um prazo mais do que razoável. Apesar de termos considerado várias nuances, é preciso, ainda, ter em conta que, em alguns processos criminais, que não é tão raro quanto se pensa, há número excessivo de acusados e/ou de testemunhas para serem ouvidos. Quando são muitos os réus e testemunhas, dificilmente os prazos serão rigorosamente cumpridos. Especialmente quando há a necessidade de expedição de carta precatória ou rogatória.

Feitos esses esclarecimentos, vamos ao detalhamento, primeiro, do procedimento ordinário, tendo em consideração que o acusado possui defensor constituído:

- a) 10 (dez) dias: a conclusão do inquérito (art. 10 do CPP);
- b) distribuição imediata (art. 93, XV da CF);
- c) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP): ato ordinatório da secretaria/escrivania (remessa para o Ministério Público);
- d) 5 (cinco) dias: denúncia (art. 46, caput, 1ª parte, do CPP);
- e) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP): ato de secretaria/escrivania (para conclusão ao juiz);
- f) 5 (cinco) dias: decisão interlocutória simples de admissibilidade da ação penal (art. 800, II, do CPP);
- g) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP): atos de secretaria/escrivania (expedição do mandado de citação);
- h) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP — interpretação extensiva): cumprimento do mandado de citação pelo oficial de justiça;
- i) 10 (dez) dias: resposta do acusado (art. 396, caput, do CPP);
- j) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP): ato de secretaria/cartório (conclusão ao juiz);
- k) 5 (cinco) dias (art. 399 e 800, II, do CPP): decisão judicial (saneador); e
- l) 60 (sessenta) dias (art. 400, caput, do CPP): realização da audiência de instrução e julgamento.

A regra geral, portanto, é de que, no caso de procedimento ordinário, preso o acusado e com defensor constituído, a duração razoável do processo, e a consequente validade da prisão preventiva, é de *105 (cento e cinco) dias*. Na hipótese de se entender pela necessidade de intimação

do Ministério Público para fins de manifestação sobre as preliminares e/ou documentos apresentados com a resposta, devem ser acrescentados mais 7 (sete) dias: (a) 2 (dois) dias: ato da secretaria/cartório (abertura de vista para o Ministério Público); e (b) 5 (cinco) dias: manifestação do Ministério Público, o que corresponderia a 112 (cento e doze) dias.

Esse prazo ainda pode ser elástico, se as razões finais não forem feitas em audiência, com o acréscimo de mais 26 dias: (a) 2 (dois) dias: secretaria/cartório, por ato ordinatório, abrir vista para o Ministério Público; (b) 5 (cinco) dias: razões finais do Ministério Público; (c) 2 (dois) dias: secretaria/cartório abrir vista para a defesa; (d) 5 (cinco) dias: razões finais da defesa; (e) 2 (dois) dias: secretaria/cartório fazer a conclusão para o juiz; e (f) 10 (dez) dias: sentença, de modo que o prazo seria, conforme o caso, 131 (cento e trinta e um) ou 138 (cento e trinta e oito) dias.

A duração razoável do procedimento ordinário, quando a defesa do acusado é feita por advogado constituído, pode ser, dependendo das circunstâncias: 105 (cento e cinco), 112 (cento e doze), 131 (cento e trinta e um) ou 138 (cento e trinta e oito) dias.

Entretanto, sendo a representação processual do acusado patrocinada pela defensoria pública ou por defensor dativo, diante da contagem em dobro para as manifestações da defesa, tem-se o acréscimo de mais 10 (dez) dias. No caso de as razões finais serem apresentadas por memoriais, mais 5 (cinco) dias para a defesa. Portanto, o prazo de duração razoável, no procedimento ordinário, quando a defesa feita pela defensoria pública ou por defensor dativo, será 115 (cento e quinze), 122 (cento e vinte e dois) ou 146 (cento e quarenta e seis) ou 153 (cento e cinquenta e três) dias.

Em resumo, pode-se asseverar que, de acordo com o procedimento ordinário, quanto à duração razoável do processo e o prazo de validade da prisão preventiva, sem levar em consideração eventual prazo para cumprimento de diligência:

a) Defesa constituída:

(1) de regra: 105 (dias); ou

(2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos anexados com a resposta, 112 (cento e doze) dias; ou

(3) razões finais por memórias, sem o item 2: 131 (cento e trinta e um) dias;

(4) razões finais por memoriais, com o item 2: 138 (cento e trinta e oito) dias.

b) Defesa pública ou dativa:

(1) de regra: 115 (dias);

(2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos anexados com a resposta: 122 (cento e vinte e dois) dias;

(3) razões finais por memoriais, sem o item 2: 146 (cento e quarenta e seis) dias;

(4) razões finais por memoriais, com o item 2: 153 (cento e cinquenta e três) dias.

Portanto, no caso de haver defensor constituído, o tempo de duração pode variar entre 105 (cento e cinco) e 138 (cento e trinta e oito) dias. Ao passo que, se tiver a participação da defensoria pública, pode variar entre 115 (cento e quinze dias) e 153 (cento e cinquenta e três) dias, isso se não houver, no curso do processo, antes ou depois da audiência, o deferimento da realização de diligência, perícia ou outro incidente qualquer, quando, então, o prazo para conclusão do processo vai depender do tempo necessário para levar a efeito a providência prévia.

Se for processo da competência da Justiça Federal, há de considerar-se, ainda, que o prazo para a conclusão do inquérito, ao invés da regra geral de 10 (dez) dias, é de 15 (quinze), podendo,

inclusive, ocorrer a prorrogação por igual prazo, ou seja, mais 15 (quinze) dias. Assim, no âmbito da justiça federal, havendo defensor constituído, pode variar entre 110 (cento e dez) a 143 (cento e quarenta e três) dias e, no caso de prorrogação de mais 15 (quinze) dias para a conclusão do inquérito, mais 20 (vinte) dias, perfazendo, assim, conforme seja, entre 130 (cento e trinta) e 163 (cento e sessenta e três). Se houver defensor público, entre 120 (cento e vinte) e 158 (cento e cinquenta e oito) dias e, no caso de prorrogação do prazo do inquérito, mais 20 dias, perfazendo entre 140 (cento e quarenta) e 178 (cento e setenta e oito) dias⁷⁸.

Cabe ressaltar que o Código de Processo Penal tem norma específica quanto à contagem dos prazos processuais, na medida em que o art. 798 deixa expresso que “Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado”, razão pela qual não se aplica a regra do NCPC que determina que sejam computados apenas os dias úteis⁷⁹.

3.2.2.3.2. Duração razoável do processo no procedimento sumário

Em relação ao procedimento sumário, quanto à regra geral, os atos e os prazos são os mesmos, sendo a única diferença, que influencia na diminuição do tempo de duração razoável, o intervalo para a realização da audiência de instrução, a contar da decisão sobre a resposta da defesa. Enquanto no procedimento ordinário, conforme o art. 400, primeira parte, do CPP, a audiência de instrução e julgamento tem de ocorrer no máximo em 60 (sessenta) dias após a decisão sobre a resposta da defesa, no sumário esse prazo é reduzido para 30 (trinta) dias (art. 531, caput, primeira parte, do CPP). Assim, de regra, a duração do processo no procedimento sumário, estando o acusado preso, é de 75 (setenta e cinco) dias⁸⁰.

Como não há, nesse tipo de rito, hipótese de determinação de diligências durante a audiência, de as razões finais serem apresentadas por memoriais nem de a sentença ser em gabinete, pode o tempo de duração ser acrescentado, apenas, de 7 (sete) dias, referentes à intimação do Ministério Público para impugnar as preliminares e/ou documentos apresentados com a resposta, e de 10 (dez) dias, quando a defesa for pública, alcançando o prazo, respectivamente, de 82 (oitenta e dois), 85 (oitenta e cinco) ou 92 (noventa e dois) dias.

Resumidamente, tem-se o seguinte quadro:

a) Defesa constituída:

(1) de regra: 75 (setenta e cinco) dias; ou

(2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos anexados com a resposta: 82 (oitenta e dois) dias; ou

b) Defesa pública ou dativa:

(1) de regra: 85 (oitenta e cinco) dias; ou

(2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos anexados com a resposta: 92 (noventa e dois) dias.

Portanto, no caso de haver defensor constituído, pode variar entre 75 e 82 dias. Ao passo

⁷⁸ Além de mais 15 (quinze) dias da prorrogação, 2 (dois) dias de atos cartorários para o recebimento e conclusão, 1 (um) dia para o despacho do juiz (art. 800, III, do CPP) e 2 (dois) dias para os atos burocráticos relativos à devolução.

⁷⁹ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. RMS 54291, 5ª. Turma, um., Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data do julgamento 12/12/2017. Disponível em: www.enfam.jus.br (corpus927). Acesso em: 12 jul. 2018.

⁸⁰ Cf. item 5.2, supra.

que, se tiver a participação da defensoria pública, pode variar entre 85 e 92 dias, isso se não houver, no curso do processo, antes da audiência, o deferimento da realização de diligência, perícia ou outro incidente qualquer, quando, então, o prazo para conclusão do processo vai depender do tempo necessário para tanto.

Como visto quando cuidamos do procedimento ordinário, no caso de processo da alçada da Justiça Federal, o prazo para a conclusão do inquérito é de 15 (quinze) dias, cabendo a prorrogação por mais 15 (quinze) dias. Assim, em se tratando de competência da justiça federal, pode variar entre 80 (oitenta) a 87 (oitenta e sete) dias e, no caso de prorrogação por mais 15 (quinze) dias para a conclusão do inquérito, mais 20 (vinte) dias, perfazendo, assim, conforme seja, entre 90 (noventa) e 107 (cento e sete) dias. Se houver defensor público, entre 90 (noventa) e 97 (noventa e sete) dias e, no caso de prorrogação do prazo do inquérito, mais 20 dias, perfazendo entre 100 (cem) e 107 (cento e sete) dias.

3.2.2.3.3. Duração razoável do processo no procedimento relativo ao tribunal do júri

Cabe considerar que o procedimento do tribunal do júri possui duas fases. Porém, o legislador, assim, como fez em relação aos ritos ordinário e sumário, estabeleceu o prazo razoável de duração do processo apenas entre a data da decisão sobre a resposta do acusado e o encerramento da primeira fase, restando, portanto, a indagação quanto à duração do processo em relação à segunda fase. Quanto à primeira fase, diante do que já foi aqui exposto, não há maior dificuldade, pois a diferença em relação à regra geral do procedimento ordinário é de que, entre a decisão sobre a resposta e a realização da audiência de instrução e julgamento, ao invés de 60 (sessenta) dias, o prazo de duração razoável estabelecido é de 90 (noventa) dias.

Dessa forma, de regra, o prazo é de 135 (cento e trinta e cinco) dias⁸¹. Assim como no procedimento sumário, na primeira fase do júri não há, nesse tipo de rito, hipótese de determinação de diligências em audiência, de as razões finais serem apresentadas por memoriais nem de a sentença ser em gabinete. Assim, em rigor o tempo de duração pode ser acrescentado, apenas, de 7 (sete) dias, referentes à intimação do Ministério Público para impugnar as preliminares e/ou documentos apresentados com a resposta, e de 10 (dez) dias, quando a defesa for pública. Todavia, conquanto não tenha a previsão de razões finais por memoriais, a sentença poderá ser prolatada em audiência, ou no prazo de 10 (dez) dias. Dessa maneira, o prazo de duração razoável, na primeira fase do procedimento do tribunal do júri, pode ser alargado para 142 (cento e quarenta e dois), 145 (cento e quarenta e cinco), 152 (cento e cinquenta e dois), 155 (cento e cinquenta e cinco) ou 162 (cento e sessenta e dois) dias.

Em suma, quanto à primeira fase do procedimento do tribunal do júri, o quadro é o seguinte:

a) Defesa constituída:

(1) de regra: 135 (cento e trinta e cinco) dias; ou

(2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos anexados com a resposta: 142 (cento e quarenta e dois) dias; ou

(3) sentença em gabinete, sem o item 2: 145 (cento e quarenta e cinco) dias; ou

(4) sentença em gabinete, com o item 2: 152 (cento e cinquenta e dois) dias.

b) Defesa pública ou dativa:

(1) de regra: 145 (cento e quarenta e cinco) dias; ou

⁸¹ Cf. item 5.3.1, supra.

(2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos anexados com a resposta: 152 (cento e cinquenta e dois) dias.

(3) sentença em gabinete, sem o item 2: 155 (cento e cinquenta e cinco) dias; ou

(4) sentença em gabinete, com o item 2: 162 (cento e sessenta e dois) dias.

Como se vê, o prazo de duração razoável da primeira fase do procedimento relativo ao tribunal do júri, no caso de haver defensor constituído, variar entre 135 (cento e trinta e cinco) e 152 (cento e cinquenta e dois) dias. Ao passo que, se tiver a participação da defensoria pública, pode variar entre 145 (cento e quarenta e cinco) e 162 (cento e sessenta e dois) dias, isso se não houver, no curso do processo, antes da audiência, o deferimento da realização de diligência, perícia ou outro incidente qualquer, quando, então, o prazo para conclusão do processo vai depender do tempo necessário para levar a efeito a providência prévia.

Se for processo da competência da Justiça Federal, da mesma forma como nos procedimentos ordinário e sumário, o prazo para a conclusão do inquérito é de 15 (quinze), prorrogável por mais 15 (quinze). Nesse caso, havendo defensor constituído, pode variar entre 140 (cento e quarenta) a 157 (cento e cinquenta e sete) dias e, se houver prorrogação, para a conclusão do inquérito, mais 20 (vinte) dias, perfazendo, assim, conforme seja, entre 160 (cento e sessenta) e 177 (cento e setenta e sete) dias. Se houver defensor público, entre 150 (cento e cinquenta) e 167 (cento e sessenta e sete) dias e, no caso de prorrogação do prazo do inquérito, mais 20 dias, perfazendo entre 170 (cento e setenta) e 187 (cento e oitenta e sete) dias.

Resta saber, porém, qual o parâmetro para estabelecer a duração razoável quanto à segunda fase. Não parece que aqui seja o caso de seguir a ideia de contar os prazos em si, até porque, dada a singularidade da segunda fase, ademais da forma como está regulamentada, esse não seria o melhor referencial. Até porque, como se sabe, não se marca a realização de uma sessão do júri como se procede em relação a uma audiência de instrução e julgamento pelo juízo singular. As normas referentes à preparação e organização da pauta, com a formação e convocação do corpo de jurados, impede, muitas vezes, que um processo, embora pronto para ir a júri, seja submetido a julgamento⁸².

Ao que parece, a melhor orientação é a do art. 428, caput e § 2º, do CPP, que estabelece o prazo de 6 (seis) meses ou 186 (cento e oitenta e seis) dias, contado da data da preclusão da decisão de pronúncia, como o razoável para o julgamento pelo tribunal do júri, sob pena de desaforamento. Crê-se que esse é o tempo razoável, estando o acusado preso, processo que, inclusive, tem preferência em relação aos demais (art. 429, I, do CPP). Tanto é que o art. 428, § 2º, do CPP, confere ao acusado o direito de pedir ao *tribunal que determine a imediata realização do julgamento* do processo.

Ainda tendo em conta essas peculiaridades do procedimento destinado ao tribunal do júri, para fins de validade da prisão preventiva, quanto à caracterização, ou não, de constrangimento ilegal pelo fato de o acusado ficar mais tempo do que o devido, é de levar-se em consideração o prazo global apenas em relação a cada uma das fases. Portanto, quanto ao tribunal do júri, a duração razoável, estando o acusado preso, é a seguinte:

a) primeira fase: entre 135 (cento e trinta e cinco) e 162 (cento e sessenta e dois) dias;

b) segunda fase: 186 (cento e oitenta e seis) dias.

Na hipótese de o processo ser da competência da justiça federal, a primeira fase pode variar entre 140 (cento e quarenta) e 187 (cento e oitenta e sete) dias. Na segunda, os mesmos 186 (cento e oitenta e seis) dias.

⁸² A esse respeito, cf. itens 5.3.2.1, 5.3.2.3 e 5.3.2.4, *supra*.

3.2.2.4. Defesa efetiva e interrogatório no contexto do princípio da ampla defesa

A ampla defesa, na qualidade de princípio encartado dentre os direitos fundamentais, ao contrário do que se dá em relação ao processo civil, que é estipulado para os litigantes, não está previsto para as duas partes. É da nossa história constitucional que o direito à ampla defesa é estabelecido, apenas, em relação ao acusado. Ademais disso, conquanto na visão individual a ampla defesa seja um direito de se contrapor à imputação criminosa, no sentido coletivo, a ampla defesa representa o direito ao *giusto processo*⁸³. É questão de ordem pública. Dessa forma, se para o processo civil a ampla defesa se mostra prestigiada apenas com a concessão de oportunidade para que ela seja manifestada, no ambiente criminal a defesa, além de substancial, ou seja, *efetiva*, tem de ser *eficiente*. A par de ter como elementos a *efetividade* e a *eficiência*, a ampla defesa criminal contempla, ainda, como característica, os direitos de *participação*, *audiência* e *silêncio*⁸⁴.

Na sistemática anterior, a defesa propriamente dita do acusado só era manifestada nas razões finais, posto que a então chamada *defesa prévia* era meramente facultativa, razão pela qual, de regra, era utilizada, apenas, para o arrolamento de testemunhas. Agora, após a citação, a defesa *efetiva* no início do processo é obrigatória⁸⁵.

De outra banda, o interrogatório, com o novo procedimento, deixa de ser o primeiro ato da instrução do processo, e passa a ser considerado, propriamente, como exercício do direito de defesa, ou melhor, o *direito de audiência* do acusado com o juiz responsável pelo seu julgamento. Sendo assegurado e ressaltado o *direito ao silêncio*, de ter *advogado presente* na audiência em que se dá o interrogatório, de *se entrevistar com o defensor* antes de prestar o depoimento e, ainda mais, de falar, apenas, após a produção de toda a prova, cria-se o ambiente necessário para que a defesa tenha mais efetividade. Para complementar essa garantia, com as mudanças, expressamente, determinou-se a aplicação, na seara do processo criminal, do princípio da *identidade física do juiz* (art. 399, § 1º, do CPP, introduzido pela Lei nº 11.719, de 2008), com isso querendo dizer que o magistrado vinculado ao processo é aquele perante o qual o acusado exercitou o direito de audiência⁸⁶.

3.2.2.5. Simplificação do processo, com plena adoção do princípio da oralidade, com a documentação dos atos praticados em audiência sem a necessidade de transcrição, e concentração dos atos processuais

O princípio reitor da processualística moderna é o da *simplificação*. Não é de hoje que a tônica em volta da reforma do Judiciário se concentra na eliminação da burocracia cartorária, a fim de que a prestação jurisdicional seja mais ágil e eficiente. A Lei nº 11.419, de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo, permite a adoção da técnica de Gerenciamento Eletrônico de Documentos (GED), com conseqüente automação do funcionamento do Judiciário. A tecnologia eletrônica é instrumento indispensável para a simplificação do processo. A reforma dá um importante passo no sentido de eliminar a burocracia, na medida em que admite a documentação dos depoimentos por meio de gravação audiovisual, sem necessidade da degravação⁸⁷. Esse tratamento, por outro lado, homenageia o princípio da oralidade, que, até que enfim, passa a ser adotado no processo penal, na medida em que o juiz não precisará, por meio de ditado, consignar

⁸³ Cf. ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE. Il giusto processo. Milano Giuffrè Editore, 1998.

⁸⁴ Cf. itens 5.1.5 e 5.1.5.1, infra.

⁸⁵ Sobre a obrigatoriedade da resposta escrita, por meio de advogado, no prazo de dez dias, contado da citação, cf. item 5.1.5.3, infra.

⁸⁶ O princípio da identidade física está tratado no item 5.1.5.8, infra.

⁸⁷ Sobre a documentação por meio audiovisual da prova oral produzida na audiência, cf. o item 5.1.9.1.3, infra. Há sistemas eletrônicos inclusive gratuitos disponíveis. Basta a aquisição da câmera para a filmagem, cujos preços são bastante acessíveis.

no termo de audiência o que for respondido pela vítima, testemunha e/ou acusado⁸⁸.

Indo mais além, o legislador eliminou o fracionamento da produção da prova oral, tendo como suporte as técnicas da concentração, da imediatidade e da economia dos atos processuais. Ao invés de uma audiência específica para os interrogatórios, outra para a inquirição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e mais outra para as testemunhas indicadas pela defesa, agora, em uma única audiência, todas essas pessoas devem ser ouvidas⁸⁹.

Mantendo coerência com essa ideia própria de um sistema acusatório, as perguntas às pessoas ouvidas, que eram realizadas por intermédio de reperguntas feitas pelo juiz, agora serão diretamente formuladas pelas partes, com a adoção do *cross-examination* do sistema americano. Todo esse conjunto de alterações desburocratiza e confere velocidade bem maior às audiências, fazendo com que o seu tempo de duração seja bem mais razoável do que anteriormente⁹⁰.

Por fim, a audiência é de instrução e julgamento, de modo que, após encerrados os depoimentos, as partes devem apresentar as razões finais, vindo, em seguida, a sentença⁹¹. Em razão disso, as partes vão fazer mais razões finais em audiência do que por memoriais. Os juizes, por sua vez, proferirão mais sentenças em audiência do que em seus gabinetes. É uma mudança, como se vê, de cultura.

Lamenta-se que o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica não tenha rendido homenagem ao princípio da oralidade, especialmente no procedimento a respeito do flagrante delito. Deveria ter sido aprovada no parlamento a proposta que constava do projeto elaborada pela comissão no sentido de tornar obrigatória a apresentação do preso ao juiz, a fim de permitir melhor apreciação dos fatos pelo juiz, assim como dar ensejo propriamente ao contraditório, tal como se dá em outros sistemas jurídicos, sendo referência o Código de Processo Penal chileno, com o chamado *juízo oral* e, ademais, consta de nosso sistema, devido à ratificação da Convenção Americana dos Direitos Humanos, ao determinar que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” (art. 7.5).

De toda sorte, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, tendo como paradigma a regra exposta na Convenção Americana em foco e na decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, tornou obrigatória a apresentação de toda pessoa presa ao juiz, no prazo de 24 horas. Na praxe forense, tem-se denominado essa apresentação de *audiência de custódia*, o que é um erro terminológico, pois, naturalmente, a audiência não se presta para custodiar ou prender, mas para que o juiz decida sobre o direito de liberdade da pessoa. Para todos os efeitos, a obrigatoriedade da apresentação da pessoa detida ou presa ao juiz decorre do direito de audiência. Essa questão será melhor explicada especialmente no item 5.1.5.7, infra.

3.2.2.6. Maior proteção e assistência ao ofendido e satisfação de seus interesses, especialmente quanto à indenização dos danos, e igualmente os interesses do investigado ou acusado, com base na ideia da justiça restaurativa

Um dos maiores desafios do processo penal reside em sua legitimidade, especialmente em relação à vítima, que é, ainda hoje, a grande esquecida do sistema criminal. Se é certo que a finalidade do processo não é atender aos fins dos governantes, porém aos lúdicos interesses da sociedade, não se pode perder de vista a necessidade de que a resposta como resultado final do processo, na medida do possível, não se descure em satisfazer o sentimento de justiça do

⁸⁸ Maiores considerações a respeito desse tema, cf. item 5.1.9.1.3, infra.

⁸⁹ Cf. itens 5.1.9.1 e 5.1.9.1.1, infra, abordam a audiência una, ainda que realizada, quando necessário, em dias sucessivos.

⁹⁰ O sistema do *cross examination* ou das perguntas diretas pelas partes está analisado no item 5.1.8.5.1, infra.

⁹¹ Sobre esses aspectos, cf. itens 5.1.9, 5.1.9.6 e 5.1.9.9, infra.

ofendido⁹². A doutrina processual, mesmo no campo cível, identifica a legitimidade do processo quanto mais próximo for o resgate, *in natura*, do direito lesionado. Embora não seja frequente, não raro se consegue com o processo civil o usufruto *in natura* do direito malferido e, quando tal não é possível, o resultado se aproxima disso, o que leva a maior satisfação da pessoa. Ademais, quando a *justiça é preventiva*, de modo que a atuação do Judiciário se dá quando ocorre a mera ameaça de lesão, tanto quanto mais legítima é a solução alvitada por meio do processo.

Todavia, no processo criminal, isso não ocorre. A lesão ao bem jurídico, raramente, é satisfeita de forma plena por meio do processo criminal. A perda de um ente querido, a agressão física ou moral sofrida não são propriamente reparáveis por meio do processo criminal. Salvo em alguns casos de crimes contra o patrimônio, pode-se dizer que a restauração é possível, mesmo assim, quando não há, na prática desses delitos, ofensa física ou moral.

No Direito Comparado registram-se intensos estudos sobre o papel da vítima no processo penal, o que gerou movimentos crescentes de associações internacionais, regionais e nacionais voltadas a "... delimitar, definir, difundir e assegurar os direitos da vítima." Em razão desses trabalhos, a Assembleia Geral das Nações Unidas de 29 de novembro de 1985, proclamou a Declaração dos Direitos Fundamentais da Vítima.

Esse movimento além fronteiras, na seara processual, recebeu o nome de *justiça restaurativa*⁹³, que propugna a reforma dos ordenamentos processuais criminais, no desiderato de que o ofendido seja olhado com mais consistência, para que sejam observados os seus direitos básicos que, a par do estabelecimento de regras pertinentes à participação mais ampla no processo e de segurança e proteção contra violências, abrange, igualmente, ações sociais que visem ampará-la com programas tendentes a reparar ou diminuir os efeitos maléficos do ilícito, sem embargo da reparação civil pelos danos sofridos⁹⁴.

A reforma do processo penal, decisivamente, abraçou essa ideia, ao dar novo tratamento ao capítulo do ofendido e à reparação do dano ocasionado, tratando-o como sujeito de direitos.

Para além desse aspecto de maior participação da vítima no processo, tem-se que a Constituição de 1988 confere não apenas à vítima como também ao acusado a condição de sujeitos de direitos nem todos passíveis de tratamento na via estreita do Judiciário e que vão além da resolução do problema jurídico-criminal.

Esse novo paradigma coloca a justiça de modelo *punitivo* ou *retributivo* no banco dos réus. Ademais do desenvolvimento de política criminal lastreada na *cultura de paz* para a busca de solução consensuada quanto à criminalidade não violenta, sente-se a necessidade de abrir outra *porta mais larga* do que a do processo, a fim de que questões fundamentais do *problema penal* recebam tratamento com olhar plural e diferenciado, para além da questão jurídico-criminal, tratado na via estreita do processo.

Esse ambiente mais amplo é denominado propriamente *Justiça Restaurativa*, modelo de *administração de conflito* que representa uma virada copérnica quanto ao tratamento da *questão social* subjacente a todo e qualquer comportamento desviante; o abandono das armas da guerra pela bandeira da paz, da cultura da violência pela cultura da paz. Essa política judicial está definida na Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 225, de 2016, que obriga os tribunais de justiça

⁹² As modificações referentes ao ofendido, que foram inseridas tendo em conta o princípio da justiça restaurativa, estão contempladas no item 5.1.8.4 e 5.1.9.9.1, *infra*.

⁹³ A ideia da justiça restaurativa é o estabelecimento de um sistema complementar ao processo criminal, a fim de conceber programas de segurança e auxílio não apenas às vítimas, mas igualmente às testemunhas e aos acusados. Esse tema, já debatido e regulamentado na Organização das Nações Unidas com a declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder, voltou a ser agitado no Décimo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal, realizado em Bangkok, na Tailândia, em abril de 2005. No Brasil, a política judicial referente à justiça restaurativa foi concebida pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 225, de 31 de maio de 2016.

⁹⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. O papel do juiz das garantias na pacificação de conflitos penais. In: **Inovações no sistema de justiça: meios alternativos de resolução de conflitos, justiça multiportas e iniciativas para a redução da litigiosidade e aumento da eficiência os tribunais: estudos em homenagem a Múcio Vilar Ribeiro Dantas**. RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro (org.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 616.

e regionais federais a implementar os programas restaurativos⁹⁵.

Conquanto seja uma novidade no sistema jurídico nacional, o tratamento de conflitos pela comunidade, por meio de entendimento entre os envolvidos e representantes do grupo social é prática antiga. Seja como for, o *modelo restaurativo*, tal como hoje conhecido, tem seu germe nas experiências comunitárias desenvolvidas no Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia, entre as décadas de 1970 e 1990 e foi alçado a diretriz para os sistemas jurídicos a partir da Resolução da Organização das Nações Unidas nº 1999/26, de 28 de julho de 1999, que estabeleceu o desenvolvimento e implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na justiça criminal.

Na justiça restaurativa a intenção não é fixar a *culpa, julgar* ou definir quem é o *culpado*, mas pactuar *obrigações*, tendo como foco central as necessidades da vítima e dos demais envolvidos – aí incluído o acusado – e, quando possível, a responsabilidade do ofensor quanto à reparação do dano para além do aspecto material. De permeio, busca-se a conscientização do agente em relação ao seu comportamento desviante. A preocupação não é definir qual o crime cometido, mas quais as *necessidades* dos envolvidos no conflito, que invariavelmente vão além do infrator e do ofendido direto, alcançando outras pessoas da comunidade direta ou indiretamente atingidas, familiares ou não.

Esse novo paradigma coloca a justiça de modelo *punitivo* ou *retributivo* no banco dos réus. Para além do desenvolvimento de política criminal lastreada na *cultura de paz* para a busca de solução consensuada quanto à criminalidade não violenta, sente-se a necessidade de abrir outra *porta mais larga* do que a do processo, a fim de que questões fundamentais do problema penal recebam tratamento com *olhar plural e diferenciado*.

Isso porque o crime ou o problema criminal possui duas dimensões, denominadas por Howard Zehr⁹⁶ como sendo uma *pública e a outra social*. A pública, segundo seu ensinamento, deve ser tratada no âmbito do judiciário, no processo criminal, enquanto a social por meio de outra porta, mais ampla e plural, que dá acesso à justiça restaurativa. Explica Zehr⁹⁷ que, sendo o crime um ato lesivo, a justiça precisa ser restaurativa, não meramente retributiva, pois o verdadeiro significado da expressão *justiça* é “reparar a lesão e promover a cura”.

O juiz das garantias ou quem estiver nessa atribuição, ao acompanhar a investigação, deve integrar núcleos reparadores ou, pelo menos, ser agente de articulação quanto ao encaminhamento para as redes de prática dos programas restaurativos dos envolvidos no conflito, independentemente de eventual conciliação entre infrator e ofendido ou acordo entre o Ministério Público e o autor da infração. Como adverte Howard Zehr⁹⁸, a justiça restaurativa não é fórum pensado para obter o perdão ou a reconciliação – embora isso seja desejável, muito menos se destina a substituir o sistema de justiça, devendo atuar em paralelo. Pode-se até iniciar a prática restaurativa antes, durante ou depois da negociação que resulte em ANPP, suspensão condicional do processo ou colaboração penal ou mesmo quando nenhuma dessas espécies de acordo seja admissível e independentemente do tipo do crime.

Note-se que tanto na suspensão do processo (art. 89, § 1º, I, da Lei nº 9.099, de 1995), quanto no ANPP (art. 28-A, I, primeira parte, do CPP) e na colaboração premiada (art. 4º, IV, da Lei nº 12.850, de 2013), o ressarcimento do dano é colocado como uma das condições do acordo, o qual deve ser analisado sob a perspectiva restaurativa, o que não se confunde com a mera reparação financeira, indo muito mais além. Isso quer dizer que o juiz, ao ter sob o crivo os acordos firmados pelas partes, tem a responsabilidade institucional de abrir a possibilidade de levar o problema para ser tratado também no ambiente da prática restaurativa, inserindo os interessados

⁹⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Justiça restaurativa na jurisdição criminal federal no Estado do Rio Grande do Norte. In: *Jurisdição criminal*: sugestões e análise dos dados do GMF5R. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. (Org.). Natal: OWL, 2021.

⁹⁶ ZEHR, Howard. *The little book of restorative justice*. New York: Good Books, 2014, p. 13.

⁹⁷ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 190.

⁹⁸ *The little book of restorative justice*, p. 11.

em programas por ele desenvolvidos ou articulando o atendimento por redes existentes para esse fim.

É necessário, pois, estruturar espaços para o desenvolvimento de práticas restaurativas, sem, contudo, querer transformar a ideia da *justiça multiportas* em um *judiciário multiportas*. Não parece razoável querer desenvolver as práticas restaurativas sob o monopólio do Judiciário, até porque não há condições para tanto. O ideal é que a prática restaurativa tenha a participação direta e a liderança da própria comunidade. O Judiciário pode e deve ser um indutor para a prática restaurativa, participar na articulação das redes comunitárias e identificar os casos e pessoas para serem encaminhados para o tratamento restaurativo.

Afinal, a ideia da justiça multiportas não significa a reengenharia dos prédios do Judiciário no sentido de que sejam abertas várias portas, mas, sim, que sejam viabilizados outros *fóruns* adequados para o tratamento do *conflito social*, para além da questão jurídica, mediante a existência de ambientes comunitários para o tratamento do problema tendo como foco e em mira atender as necessidades da vítima, do infrator e do grupo social direta e indiretamente envolvido, sob a orientação da *cultura de paz*.

Nessa linha, a Lei nº 14.245, de 22 de dezembro de 2021, trouxe importante alteração ao Código de Processo Penal impondo a todos, durante a instrução processual, respeitar e zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo” (art. 400-A do CPP), regra repetida no art. 474-A do CPP, que se refere à sessão do tribunal do júri.

3.2.2.7. Prisão processual como exceção, com a previsão de medidas cautelares diversas da prisão e redefinição do papel da fiança

Se tinha uma parte do Código de Processo Penal comprometida com o regime de força sob a batuta do qual ele foi editado, estreme dúvidas, era a referente à prisão. Na redação originária do CPP, a ideia central era de que, em se tratando de crimes mais graves, o agente responderia o processo preso. Nesse momento, o critério para fazer a distinção entre os crimes mais ou menos graves era classificá-los em afiançáveis ou inafiançáveis. Por isso mesmo, forte na *cultura da prisão* então reinante, a maioria dos crimes era inafiançável. Ademais disso, não sendo o crime afiançável, se o agente fosse pego em flagrante delito, a regra era que ele ficaria recolhido à prisão, independentemente de haver, ou não, motivo demonstrando a necessidade do encarceramento. A fiança, portanto, era a única forma de o agente conseguir a liberdade provisória. Como se não bastasse, ao lado da prisão preventiva facultativa, havia a prisão preventiva obrigatória, de modo que, caso a pena prevista para a infração fosse igual ou superior a 10 (dez) anos, mesmo não tendo ocorrido a prisão em flagrante e não houvesse motivo para o recolhimento à prisão, o juiz deveria determinar o encarceramento. Era a prisão pela vontade da lei ou do legislador. O juiz não precisava fundamentar, sendo bastante a identificação do dado objetivo, qual seja, a quantidade da pena estabelecida para o crime em apuração. O regime jurídico do Ordenamento Processual Penal era tão rígido a esse respeito, que, se o acusado estivesse preso, sendo a sentença absolutória, o eventual recurso de apelação interposto pelo Ministério Público tinha efeito suspensivo quanto à soltura. Isto é, mesmo tendo sido absolvido, bastava que a impugnação da sentença pelo *parquet* para que o agente permanecesse preso.

A despeito das alterações pontuais que foram sendo levadas a efeito ao longo do tempo, essa sistemática foi desconstruída com a Lei nº 6.416, de 1977, ao enxertar um parágrafo único no então art. 310 do Código de Processo. A partir daí, houve a descaracterização da fiança, pois, independentemente de o crime ser afiançável, ou não, tendo ocorrido a detenção/prisão em flagrante delito, o juiz deveria decidir pela soltura do agente, caso não houvesse motivo para a decretação da prisão preventiva. Apesar dessa modificação substancial, ocorrida faz muito tempo no sistema normativo, muitos operadores jurídicos continuaram, quando se tratava de crime afiançável, a exigir o prévio pagamento da fiança para conceder a liberdade provisória. Por outro

lado, paradoxalmente, quando se tratava de crimes inafiançáveis, portanto, mais graves, tais como hediondos ou a eles equiparados, em caso de flagrante delito, quando não havia fundamento para a prisão preventiva, o juiz simplesmente determinava a soltura, sem exigir nenhuma contrapartida. Outros juízes, cientes da incongruência, entendiam que, nesse ponto, a fiança estava revogada, o que significava na perda de sentido de sua previsão.

A Lei nº 12.403, de 2011, a qual promoveu o que denominamos segunda etapa da Reforma Tópica, procurou sanar essa incongruência. Consolidou a natureza jurídica de medida cautelar de da prisão processual. Foi mais longe e, ao lado da prisão processual, concebeu, também como medida cautelar processual, outras espécies diversas da prisão.

Ademais, introduziu o princípio da subsidiariedade, de modo que o juiz, com o novo paradigma estabelecido, só deve aplicar cautelar detentiva quando nenhuma das medidas diversas da prisão for adequada e suficiente para prestar a devida tutela ao processo criminal. Trouxe para o ambiente do processo penal a tendência moderna de procurar soluções outras diferentes da prisão, principalmente em se tratando de mera medida cautelar.

A fiança passa a ter novo papel no sistema processual, com a possibilidade de o juiz estimar valores significativos, compatíveis com as condições econômico-financeiras do agente, mas a forma como redigido o art. 310, II, do CPP, exige do intérprete a construção de entendimento que não traga como consequência tornar mais rígido o tratamento para os crimes afiançáveis que são menos graves em relação aos afiançáveis e, por outro lado, que prestigie, ainda mais, a intenção de situar a prisão processual como uma exceção.

3.3. Projeto de novo código de processo penal

Sem embargo do avanço normativo experimentado com a Reforma Tópica, é passada a hora de se editar um novo Código de Processo Penal. Portanto, não se mostra inadequado que, conquanto não se tenha ainda sequer encerrado a Reforma Tópica, o Executivo, por meio de outra Comissão de Juristas, presidida pelo ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido, tenha enviado para o Parlamento uma proposta de novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 156/2009) que, inclusive, já foi aprovado pelo Senado.

O que se lamenta é que, em relação a alguns pontos de extrema relevância, como a possibilidade de documentação dos depoimentos por sistema audiovisual sem a necessidade de gravação e a previsão de audiência una abrangendo não apenas a instrução como o próprio julgamento, alcançados com a Reforma Tópica, o projeto de novo Código de Processo Penal tenha sido utilizado como instrumento para instaurar rediscussão sobre temas que foram objeto de definição no Parlamento.

Estreme de dúvidas, uma das modificações mais relevantes introduzida pela Reforma Tópica foi a definição de que a audiência, além de *una*, será de *instrução e julgamento*. Trata-se, antes de mais, em modificação de uma cultura burocrática, arraigada em nosso meio. Seguindo a orientação da simplificação e da concentração dos atos processuais, o processo moderno não pode prescindir de regras como a que foi trazida com a Reforma de 2008. A partir daí, não encerrado prematuramente o processo, seja pelo acolhimento de preliminar ou em razão de absolvição sumária, o juiz deverá designar data para a realização da audiência de instrução e julgamento, de modo que nela seja produzida toda a prova oral, o interrogatório do acusado, as razões finais pelo Ministério Público e pela defesa e, por fim, prolatada a sentença.

De toda sorte, o projeto de novo Código de Processo Penal, pendente de votação na Câmara dos Deputados, merece muitos elogios, a partir mesmo da sua sistematização. Ademais a leitura de sua exposição de motivos revela que o Projeto de Lei nº 156, de 2009, está alinhado ao perfil da Constituição de 1988, o que é facilitado pelo esclarecimento, expendido na sua exposição de motivos, de que se tem em mira valorizar a proteção dos direitos fundamentais, sem comprometer o justo equilíbrio com o dever de proteção (perspectiva objetiva dos direitos fundamentais), de modo que não reste inviabilizada a duração razoável e a eficácia do processo

penal.

O Projeto de novo Código de Processo Penal, no art. 4º, define, expressamente, que “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código ...”. Acontece que, malgrado o Projeto assumidamente busque a conformidade com o modelo acusatório constitucional, manteve, em proposta para o art. 415, a sistemática atual quanto à possibilidade de o juiz, mesmo diante de pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, exarar sentença condenatória. Ora, o pedido de absolvição pelo Ministério Público equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Condenar sem pedido é violar, inequivocamente, a regra basilar do sistema acusatório que é o *ne procedat iudex ex officio*.

De qualquer sorte, a preocupação em eliminar a cultura inquisitiva reinante em nosso meio e consolidar, de uma vez, o modelo acusatório, principia com a previsão da figura do *juiz das garantias*, magistrado ao qual deve ser atribuída a competência para exercer a jurisdição referente a todas as intervenções judiciais necessárias na fase pré-processual. Em verdade, trata-se de uma espécie de *juiz da investigação*, ou seja, um juiz que teria como missão decidir sobre qualquer incidente ocorrido durante todo e qualquer tipo de investigação, aí incluída, por óbvio, a policial. Ao contrário do que a expressão aqui utilizada pode sugerir, não competiria a esse magistrado a direção da investigação, pois não se trata da criação de *juízo de instrução*, o que é incompatível com o sistema acusatório, mas, apenas, de juiz ao qual seria atribuída competência para decidir sobre medidas solicitadas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, em prol da investigação, notadamente que digam respeito à flexibilização de alguma garantia constitucional (busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, bancário e fiscal, medida cautelar pessoal), ou mesmo pelo investigado, a exemplo da extinção do inquérito, concessão de liberdade provisória etc.

O escopo é afastar, o máximo possível, da fase preparatória o juiz incumbido do processo no qual será decidido se há base para a condenação ou se o acusado deve ser absolvido, a fim de evitar o seu envolvimento com os interesses investigatórios. Essa seria uma alteração radical, pois, em verdade, a proposta contempla a criação de competência funcional, com alguns magistrados exercendo a jurisdição apenas na fase investigatória, de modo que nas varas criminais, em rigor, seriam necessários 2 (dois) juízes, um para atuar na investigação, enquanto outro para o processo de conhecimento⁹⁹.

O projeto de novo CPP, em consonância com o sistema acusatório, prevê a tramitação direta do inquérito policial entre os órgãos de persecução, mas contém incongruência lógica, na medida em que impõe ao Ministério Público pedir ao juiz o arquivamento do procedimento investigatório, quando deveria ele próprio se incumbir deste mister, sob o crivo de seu Conselho Superior.

Merece destaque, ainda, a sugestão de extinção da ação penal de iniciativa privada, instituto que não está em compasso com um sistema processual penal democrático, alinhado aos preceitos da Constituição de 1988. Ora, se se justifica a titularidade da ação penal na pessoa do Ministério Público porque a persecução criminal reflete o interesse coletivo da sociedade quanto à responsabilidade penal, exsurge paradoxal que exista a possibilidade de, em alguns casos, a ação ser de iniciativa privada, a ser proposta pela própria vítima, a indicar que, no ponto, o interesse é meramente individual ou que este supera o coletivo. Se a conduta criminosa é tão tênue que o interesse individual se sobrepõe ao da sociedade em si, na alçada de um direito penal mínimo é

⁹⁹ Essa proposta tem encontrado resistências no âmbito do Poder Judiciário, diante da necessidade de ampliar-se, consideravelmente, a sua estrutura, em termos de número de magistrados, a ponto de o Conselho Nacional de Justiça, em Nota Técnica a respeito do projeto de lei de novo Código de Processo Penal, ter se manifestado pela necessidade da realização de estudos prévios quanto ao prazo para implantação, estrutura orçamentária e comprometimento dos demais poderes para dotar o Poder Judiciário das condições necessárias para tanto, inclusive quanto à necessidade de revisão da lei de responsabilidade fiscal.

porque essa conduta não deve ser tratada no ambiente criminal. Para essa situação em que se deve prestigiar, de alguma forma, o interesse individual, as ações penais de iniciativa pública condicionada a representação é suficiente.

Ademais, a ação de iniciativa privada se justificava porque, no modelo do Código de Processo Penal de 1941, o Ministério Público, em hipótese alguma, podia negociar quanto ao ajuizamento da ação penal, dada a imperatividade do princípio da obrigatoriedade. Assim, a única forma de permitir uma margem de negociação os crimes de menor potencial ofensivo, em que a agressão ao bem jurídico se concentra essencialmente na esfera privada da pessoa lesionada, a única solução era prever a titularidade exclusiva da ação penal ao alvedrio do ofendido¹⁰⁰. Com o modelo acusatório adotado pelo projeto do NCPP não há mais necessidade de alvitrar essa solução. Isso porque, conforme o texto proposto, será adotado o instituto do *plea bargaining*, de modo que, em todo e qualquer crime, cuja pena máxima não seja superior a 08 anos, o Ministério Público pode propor a negociação, buscando uma solução consensuada, tendência moderna do processo, mesmo na seara criminal, por influência do sistema estadunidense. Esse assunto será retomado no item 5.1.1.1.

3.4. Aplicação da lei processual penal no tempo

A discussão sobre a aplicação da lei processual penal nova, efetivamente, ocorre em relação aos processos em curso. Em linhas gerais, quanto à lei processual no tempo, há três teorias: (1) a da unidade processual, que considera o processo em sua integralidade, de modo que ele, conquanto se pautar em vários atos, deve ser regido por apenas uma lei, necessariamente a velha, aquela que estava em vigor quando de seu início; (2) a das fases processuais, segundo a qual deve ser aplicada uma única lei em cada uma das fases do processo (postulatória, probatória, decisória, recursal e executória); (3) a que leva em consideração cada ato processual por si, em que a lei nova não tem reflexos sobre os atos já praticados, porém, aplica-se aos atos processuais ainda não praticados. Este é o *princípio da imediatidade*.

Assim como é em relação ao processo civil, por expressa disposição legal, a lei processual penal nova aplica-se, desde logo, ao processo em curso, sem prejuízo, naturalmente, da validade daqueles atos já realizados sob a vigência da lei anterior (art. 2º do CPP). Com isso, adota-se o princípio da imediatidade. Em rigor, pouco importa a data da prática do crime. O que se tem em consideração é o momento em que se vai praticar o ato processual. Até porque, se o processo é um conjunto ordenado de atos, a lei de regência é aquela que está em vigor na época em que vai ser praticado o ato processual.

As normas processuais, porém, com resquício de direito material, desde que beneficiem o acusado, podem ser aplicadas, até mesmo, aos processos criminais acobertados pela coisa julgada, diante do preceito constitucional que determina o efeito retroativo da lei penal, quando ela for mais benéfica para o acusado (art. 5º, XXXIX e XL da Constituição).

Adotado o princípio da imediatidade como regra, a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941) cuidou de estabelecer exceções. Embora desnecessário, diante da evidente natureza mista das normas processuais que tratam dos institutos da prisão preventiva e da fiança, o legislador cuidou de esclarecer que, em caso de lei nova a respeito dessas matérias, deverão ser aplicadas as regras mais favoráveis ao acusado (art. 2º). Quanto ao prazo, até mesmo o previsto para a interposição de recurso, já em curso no momento da entrada em vigor da nova lei, determina-se a aplicação da lei velha, desde que o prazo desta não seja menor. Ou seja, aplica-se a lei velha ou a nova, a depender de qual delas tenha o prazo maior. Em relação à prova testemunhal, o legislador seguiu, em certa medida, a orientação da teoria das fases do processo, pois afirmou que, iniciada a produção de prova testemunhal, aplica-se o rito da

¹⁰⁰ A respeito da incongruência da ação penal de iniciativa privada com o sistema processual democrático, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal, item 9.3.3.3.

lei anterior, até a sentença de primeira instância (art. 6º, caput). Por fim, o legislador esclareceu, sem que fosse necessário, que, já tendo sido interposto o recurso, as condições de admissibilidade, a forma e o julgamento serão regulados pela lei anterior (art. 11).

No que diz respeito às regras específicas para o procedimento do tribunal do júri, a do art. 6º é norma transitória para disciplinar os casos em que os processos da competência do referido órgão jurisdicional passaram para o juiz singular, enquanto a do art. 10 trata dos quesitos, a fim de estabelecer que os relativos às causas de exclusão de crime ou isenção de pena devem ser formulados, sempre, de acordo com a lei mais favorável, assim como, no caso de condenação, o juiz deve fazer o confronto entre a pena aplicada e a que seria pertinente conforme a legislação anterior (§ § 1º e 2º).

Por fim, quanto à perícia, o art. 8º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal estabelece que, iniciadas antes da vigência da nova lei, deve-se aplicar a lei antiga.

De toda sorte, há divergência na doutrina quanto a se seria aplicável, ou não, essas regras do Decreto-Lei nº 3.931, de 1941, porquanto elas foram pensadas e editadas para disciplinar, especificamente, a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, de modo que não seriam pertinentes para reger, quanto ao tempo, a aplicação das leis novas de alteração a esse diploma normativo. Conquanto a dicção normativa literal do art. 1º do Decreto-Lei nº 3.931/41 anime interpretação nesse sentido, essa não parece a melhor solução, até porque as regras nele encartadas se mostram razoáveis e têm o mérito de uniformizar o entendimento a respeito, evitando a instabilidade quanto à lei aplicável, ademais de não haver justificativa para tratamento diferente entre uma situação e outra. De todo modo, caso o legislador queira dar orientação diferente daquela que está na Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, basta dispor, expressamente, a respeito, o que não foi o caso das Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008, e 12.403, de 2011.

Não há, assim, maior problema quanto à aplicação no tempo das Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008. As regras especiais pertinentes ao tribunal do júri não possuem aplicação pois com as inovações trazidas pela Lei nº 11.689, de 2008, não houve alteração quanto à competência do tribunal de júri nem em relação aos quesitos referentes às causas de exclusão de crime ou isenção de pena. Portanto, diante das peculiaridades do momento que motivaram as previsões contidas nos arts. 6º e 10 da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, não se enxerga nenhuma que seja aplicável à presente reforma albergada pela Lei nº 11.689, de 2008.

Registre-se, porém, que, nos processos em curso nos quais já realizado o interrogatório, mais ainda não encerrada a inquirição das testemunhas, deve ser conferida nova oportunidade, agora no final da audiência de instrução e julgamento, para novo pronunciamento do acusado. Como o interrogatório, com a nova sistemática, passou à categoria efetiva de direito de defesa, em que o acusado tem a oportunidade de se explicar perante o magistrado responsável pelo julgamento, após ter a ciência de toda a prova produzida contra si, se não for facultado o novo interrogatório, com certeza, isso poderá gerar nulidade, caso seja demonstrada ocorrência de prejuízo para a defesa.

Questão interessante, porém, é em relação à citação por hora certa. De acordo com a redação originária do art. 362 do CPP, certificado que o acusado se ocultava para não ser citado, esse tipo de comunicação processual deveria ser feito por edital, razão pela qual, caso fosse declarado revel e não constituísse advogado, era determinada a suspensão do processo quanto a ele, com conseqüente suspensão do prazo prescricional (art. 366, caput, do CPP). Como agora, nesse caso, a citação deve ser feita por hora certa (art. 362 e parágrafo único do CPP, com a alteração determinada pela Lei nº 11.719, de 2008), o que não ocasiona a suspensão do processo, nem muito menos da prescrição, o que importa saber é se essa norma se aplica, apenas, para os casos em que, na entrada em vigor da lei, ainda não tinha sido feita a citação por edital nos termos da norma que foi revogada, ou se ela alcança, igualmente, os processos nos quais já se determinou a suspensão.

Esse assunto será melhor explicado quando for abordado o acerto da reforma ao contemplar a previsão da citação por hora certa, sendo suficiente, por ora, dizer que, em verdade, a suspensão do processo, como decorrência lógica da revelia, tinha como pressuposto a ficção de

que o acusado, por ter sido citado por edital, não tinha conhecimento da existência de uma demanda contra si, o que não se verificava quando essa modalidade de chamamento a Juízo se fazia pelo fato de ele se esconder para não ser citado¹⁰¹.

A nova lei, em relação à fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo líquido para fins de ressarcimento dos prejuízos, só deve ser aplicada em relação aos processos nos quais, quando de sua entrada em vigor, não houvesse sido ultrapassada, ainda, a fase das razões finais. Isso porque, na primeira instância, os momentos para a defesa a respeito desse tema são na resposta e nas razões finais. Ultrapassada a fase das alegações finais sob a regência da lei anterior, a lei nova não pode ser aplicada, sob pena de supressão de instância quanto à discussão da matéria em primeiro grau¹⁰².

Divergência surgiu quanto à aplicação imediata do princípio da identidade física do juiz. O Supremo Tribunal Federal, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, firmou passo no sentido de que, nesse ponto, aplica-se a cláusula geral da imediatidade, todavia, *a aplicação do princípio da identidade física do juiz no processo penal antes do advento da Lei nº 11.719/08, sob a perspectiva da instrumentalidade das formas, impõe reconhecer nulidade apenas no caso de patente descompasso entre a decisão e as provas colhidas*¹⁰³. As decisões do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, são mais incisivas ainda, quanto a ser mera nulidade relativa a inobservância do princípio da identidade física do juiz¹⁰⁴.

Por fim, em relação às novas regras referentes às medidas cautelares pessoais, incide a inteligência do art. 2º da Lei de Introdução do Código de Processo Penal, de modo que devem ser aplicadas, aos crimes praticados anteriormente à vigência da Lei nº 12.403, de 2011, as normas que forem mais favoráveis. Quanto à prisão preventiva, note-se que a disciplina atual é mais benéfica, uma vez que, com a nova lei, só é admissível a sua decretação, como regra geral, nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, enquanto na anterior bastava que para o crime fosse prevista a pena de reclusão. No ponto, a Lei nº 12.403, de 2011, tem de ser aplicada retroativamente, por ser mais benéfica¹⁰⁵. E mais, diante da regra da subsidiariedade, plasmada no art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, inserida pela Lei nº 12.403, de 2011, em rigor, todas as prisões processuais anteriores à vigência das novas regras precisam ser reexaminadas, a fim de se verificar a possibilidade de sua substituição por medida cautelar diversa da prisão. Esse foi um dos motivos pelos quais o Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução nº 137, de 13 de julho de 2011, a fim de regulamentar o Banco Nacional de Mandados de Prisão — BNMP, determinou que as corregedorias gerais dessem o apoio aos magistrados na revisão dos mandados de prisão já expedidos, a fim de verificar a necessidade, ou não, da manutenção da prisão preventiva decretada ou, até mesmo, a mera aplicação de medida cautelar diversa.

Há, porém, três aspectos de direito intertemporal, em relação à Lei nº 12.403, de 2011. Primeiro, na sistemática anterior, ou era o tudo, a prisão preventiva, ou o nada, a liberdade. A nova lei trouxe as medidas cautelares diversas, acompanhadas da cláusula de prevalência, de modo que quando uma delas, cumulada ou não com outras, for adequada e suficiente para tutelar o processo, o juiz não deve decretar a prisão processual. A prisão processual penal agora é medida cautelar subsidiária. Naturalmente que se deve aplicar retroativamente a nova lei, a fim de substituir a prisão processual por medida cautelar alternativa. Mas as medidas cautelares diversas da prisão são admissíveis em todo e qualquer crime punido com pena privativa de liberdade, pouco importando

¹⁰¹ No item 5.1.4.2, *infra*, o assunto é tratado mais amiúde.

¹⁰² A respeito desse aspecto, cf. item 5.1.9.9.1, *infra*.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Luiz Fux, Classe HC-ED/SP 104075, Primeira Turma, un., Data da decisão 27/09/2011, Acesso em: 14 fev. 2011.

¹⁰⁴ Cf. STJ, HC 201000355972, Relator Desembargador Convocado Celso Limongi, Sexta Turma, DJe 11/10/2010; HC 201000325213, Relator Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJe 06/09/2010; e HC 200900848960, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 19/10/2009.

¹⁰⁵ Cf. item 6.2.5.1.1, *infra*.

a quantidade da pena ou a espécie, se de reclusão ou detenção¹⁰⁶. Diante dessa singularidade, a aplicação retroativa das medidas cautelares diversas só é aceita para os casos em que, conforme a disciplina anterior, era possível a decretação da prisão preventiva. Se assim não for, as medidas cautelares diversas serão aplicadas retroativamente para casos nos quais não havia nenhuma medida possível de ser determinada, em flagrante prejuízo para o agente.

Segundo, com as mudanças ocorridas, quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, a prisão processual é admissível, até mesmo, em se tratando de crime culposos, o que não era na regra anterior¹⁰⁷. Nesse caso, portanto, não se pode ser aplicado o art. 313, parágrafo único, quanto aos crimes anteriores à vigência da Lei nº 12.403, de 2011.

Terceiro, houve o aumento considerável do rol dos crimes inafiançáveis. Em rigor, inafiançáveis permaneceram, apenas, aqueles assim considerados na Constituição, quais sejam, os crimes de: (a) racismo; (b) tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como hediondos; (c) cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 323, incisos I, II e III, do CPP)¹⁰⁸. Portanto, crimes para os quais o juiz não podia aplicar a medida alternativa consistente na fiança, agora, podem. Estreme de dúvidas que, nesse caso, a aplicação retroativa é mais prejudicial. A única forma de admitir-se a aplicação retroativa da fiança aos crimes anteriores à vigência da segunda etapa da Reforma Tópica é quando essa medida diversa é utilizada para fins de substituição da prisão processual decretada, conforme a tese defendida neste livro quanto à interpretação do art. 310, II, do CPP¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Cf. item 6.1.8, *infra*.

¹⁰⁷ Cf. item 6.2.5.1.4, *infra*.

¹⁰⁸ Cf. item 6.3.1.9.3, *infra*.

¹⁰⁹ Cf. item 6.2.4.1.5.4, *infra*.

4. Princípios fundamentais do processo criminal

Diante do exposto nos capítulos 1, 2 e 3, em apertada síntese, podemos dizer que há duas posições doutrinárias quanto ao tratamento da criminalidade: (1) A que propõe um sistema criminal que tem como arcabouço uma *visão garantista*, fundada na obediência aos direitos fundamentais declarados na Constituição, concebidos como normas jurídicas que têm em mira *limitar/restringir* o dever-poder da pretensão persecutória do Estado¹¹⁰ e (2) outra que sugere um *olhar* do sistema mais focado na *segurança pública/defesa social*, de cunho autoritário, diante da concepção de que os direitos fundamentais são ditados para as *personas de bem*, daí por que, no conflito entre os direitos defendidos com a pretensão acusatória e os do acusado, deve prevalecer o primeiro, especialmente quando o delito em apuração estiver inserido no contexto da *macrocriminalidade*. O modelo garantista no pensamento de Ferrajoli é o reflexo de três questões fundamentais, que representam a legitimação do sistema criminal: “... *por qué, cuándo y cómo castigar (o no castigar); por qué, cuándo y cómo prohibir (o no prohibir); por qué, cuándo y cómo juzgar (o no juzgar)*”¹¹¹.

Ricardo de Brito identifica duas tendências opostas ao garantismo. Segundo ele, “A primeira delas corresponde à ideologia penal autoritária e implica um direito concebido como expressão de um Estado, cujo poder excede os limites estabelecidos no Estado liberal de direito, assumindo a roupagem de um direito penal máximo correspondente ao absolutismo penal de todos os matizes¹¹². De acordo com essa corrente, o lema é: “estamos interessados nos ‘direitos humanos’ dos homens de bem e não nos ‘direitos humanos’ dos delinquentes”¹¹³. Nas palavras do referido autor, “... a segunda grande tendência que rejeita o garantismo penal é o abolicionismo”¹¹⁴, pois, para este, “... direito penal bom é direito penal inexistente”¹¹⁵.

Note-se, porém, que a corrente criminal denominada abolicionismo penal possui duas variantes, uma mais radical, que propõe mesmo a eliminação do sistema penal, e outra, mais moderada, que sugere uma nova visão da justiça criminal, centrada no ideário democrático. Nessa segunda linha, os abolicionistas não se atrimam com os fundamentos do garantismo

Em nosso meio, quem é adepto da primeira corrente recebe o nome de *garantista*, o que dá a entender que os demais, filiados à linha de pensamento mais rígida e que põem em destaque o interesse na persecução criminal, formam o grupo dos *não garantistas*¹¹⁶. Ferrajoli¹¹⁷ chega a identificar dois tipos de sistemas, (a) *o garantista* e (b) *o antigarantista*.

Por isso mesmo, nas palavras de Ferrajoli, em contraposição ao sistema garantista está o modelo penal autoritário, ... *fruto irreflexivo y consolidado de las prácticas legislativas, jurisdiccionales o policiales*” afinado com doutrinas e modelos teóricos e políticos “... *de los esquemas premodernos de la inquisición a las modernas teorías de la prevención especial, de la defensa social o del tipo normativo de autor, em sus múltiples variantes moralistas, antropológicas, decisionistas y eficientistas*”¹¹⁸.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 2. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Editorial Trotta, 1995.

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal, p. 232.

¹¹² **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2002. p. XXIII.

¹¹³ **As razões do positivismo penal no Brasil**, p. XXIV.

¹¹⁴ **As razões do positivismo penal no Brasil**, p. XXIV.

¹¹⁵ **As razões do positivismo penal no Brasil**, p. XXIV.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal, p. 852.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal, p. 41.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal, p. 41.

A discussão a respeito desse tema ainda é recorrente, embora tenha sido enfrentada e dissipada pela maioria dos países em prol da primeira corrente de pensamento. É verdade que o incremento da criminalidade, não apenas em relação às ações ilícitas transnacionais sustentadas em ampla base organizativa, representadas pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, tráfico de mulheres, crianças, órgãos e armas, lavagem de dinheiro, corrupção e, mais especialmente, pelos crimes de terrorismo, tem levantado divergências quanto ao modelo a ser adotado para apoiar a persecução criminal¹¹⁹. No entanto, a comunidade internacional tem, reiteradamente, asseverado o compromisso com o Estado Constitucional, que tem os direitos fundamentais como normas *hegemônicas, estruturantes e orientadoras* de todo o sistema jurídico.

Essa concepção jurídica embasada nos direitos fundamentais descortina que o Direito Processual Penal, mais do que qualquer outro ramo do Direito, é o que tem o maior número de normas que são direta ou indiretamente ditadas para o seu campo de atuação. Com efeito, quem examina detalhadamente os direitos fundamentais estampados na Constituição de 1988, certamente, fica surpreso com a quantidade de preceitos que são afetos à seara do processo penal¹²⁰.

Faz parte das preocupações científicas atuais perquirir as bases principiológicas do processo penal que estão fincadas na Constituição, diante da necessidade de reorientar a visão sedimentada sobre o Direito Processual e realçar a sua dimensão política, democrática e internacional, o que deve ser feito mediante o exame amíúde das cláusulas constitucionais *orientadoras e vinculadoras* do Estado no desempenho do dever-poder de perquirir a responsabilidade penal dos agentes que praticam ilícito. A influência dos direitos fundamentais nos projetos de reforma dos Códigos de Processo Penal na Europa, assim como a sua dimensão internacional, é destacada por Françoise Tulkens, ao afirmar que “No conjunto dessas reformas se apresentam as exigências da Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Ela questiona a soberania nacional no direito de julgar e introduz um controle supranacional sobre todos os aspectos do processo penal”¹²¹.

Isso é particularmente necessário no ambiente brasileiro, pois os nossos Códigos de Penal e Processual Penal foram elaborados sob as bases do *Tecnicismo Jurídico*, corrente de pensamento autoritária, que bebe na fonte da *Escola Positiva* para dar realce à *defesa social* em detrimento dos direitos essenciais do homem, que encontrou respaldo na Constituição de 1937, de desenganado viés ditatorial. Sob a batuta da ordem constitucional então vigorante em nosso meio, o ordenamento processual penal trazido a lume refletiu a mentalidade antidemocrática e eminentemente *policialesca* de então.

Aquele paradigma de Direito, no qual foi forjado e edificado o CPP de 1941, mercê da edição da Constituição de 1988, não existe mais, o que recomenda a releitura do Código de Processo Penal. O novo Direito, promovido com a Constituição de 1988, instaurou entre nós aquilo que já era realidade nos países da Europa Continental desde o final do segundo grande conflito mundial, ou seja, o *Estado democrático-constitucional*, aquele em que o ordenamento jurídico é compreendido em consonância com as lentes oferecidas pela compreensão e alcance dos direitos fundamentais.

¹¹⁹ A discussão a respeito desse tema ainda é recorrente, embora tenha sido enfrentada e dissipada pela maioria dos países em prol da primeira corrente de pensamento. É verdade que o incremento da criminalidade, não apenas em relação às ações ilícitas transnacionais sustentadas em ampla base organizativa, representadas pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, tráfico de mulheres, crianças, órgãos e armas, lavagem de dinheiro, corrupção e, mais especialmente, pelos crimes de terrorismo, tem levantado divergências quanto ao modelo a ser adotado para apoiar a persecução criminal

¹²⁰ Dos 78 (setenta e oito) incisos nos quais consta a declaração dos direitos fundamentais, 40 (quarenta) são referentes ao Direito Criminal, sendo que, destes, 24 (vinte e quatro) são exclusivamente de Direito Processual Penal (art. 5º, incisos III, XI, XII, XXXVIII, XLIV, XLVII, XLIX, L, LI, LII, LIV, LVII, LVIII, LIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII, LXVIII e LXXV). Estritamente de Direito Penal são apenas cinco (art. 5º, incisos XXXIX, XL, XLII, XLVI e XLVII). Exclusivamente de Direito Processual Civil são apenas sete (Art. 5º, incisos XXIV, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII e LXXIV).

¹²¹ **Processo penal e direitos do homem:** rumo à consciência europeia. Mireille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004, p. 14).

Na dimensão do *neoconstitucionalismo* ou do *Estado democrático-constitucional*, a Constituição, em especial quando trata dos direitos fundamentais, estabelece a *base teórica* de todo o ordenamento jurídico criminal, daí por que, para todos os efeitos, ao invés de falar-se em *teoria geral do processo penal*, apresenta-se mais apropriado perquirir de sua *teoria constitucional*, pois a história desse ramo do Direito – a investigação científica demonstra – confunde-se com a própria história dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, portanto, formam o *núcleo duro* das regras processuais penais ou, em outras palavras, constituem a própria *teoria constitucional do processo penal*.

Constituindo-se os direitos fundamentais na estrutura central do processo penal, a busca científica da teoria geral desse ramo do Direito implica, em rigor, revelar a compreensão daquela categoria de direitos. Daí por que o mais correto, na perspectiva do Estado democrático-constitucional, é falar-se em *teoria constitucional do processo penal*. Por conseguinte, neste livro, tem-se como norte laborar na contribuição à construção de uma efetiva teoria constitucional do Processo Penal.

No esgarçamento dogmático da matéria, parte-se da premissa de que a Constituição de 1988 é uma carta de princípios, cuja essência enuncia os direitos fundamentais, que se traduzem em limitações ao exercício da persecução criminal do Estado, valores *legitimadores e legalizadores* da atuação estatal na seara criminal. Assim, as garantias constitucionais estabelecidas servem de limitação não só da atuação do Poder Executivo – em Juízo e fora dele –, como igualmente do Legislativo, que detém a avaliação política quanto à conveniência da feitura das leis pré-traçadas pelos parâmetros constitucionais, e do Judiciário, que, no exercício da atividade jurisdicional, deve se comportar, a um só tempo, como guardião último desses direitos fundamentais, emprestando a última palavra interpretativa sobre o alcance dessas normas, e como órgão obediente a esses mandamentos.

Por isso mesmo, corretamente, ao realçar esse campo de vinculação dos direitos fundamentais, a Constituição da Alemanha, no art. 1º, 3, deixa consignado que “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos directamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”.

Quando se cuida de estabelecer um sistema processual penal garantista, cuja teoria tem raiz na própria teoria dos direitos fundamentais, não se pretende propor a construção de uma ordem impotente para tratar a macrocriminalidade ou as ações ilícitas que exigem maior rigidez na resposta do Estado. Até porque, não se há de negar que os direitos fundamentais, em sua visão moderna, também compreendem a perspectiva objetiva, o que quer dizer que, em razão dos valores deles dimanadas, o Estado tem o dever de protegê-los, sendo a persecução criminal eficiente um dos instrumentos a ser utilizado.

Com desenganado acerto, arremata Luciano Feldens que “Estado Constitucional de Direito e garantismo são realidades autorreferentes, apontando, em conjunto, para a formulação de técnicas de garantias idôneas destinadas a assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos fundamentais”, isso nas dimensões subjetiva e objetiva, de modo que a “... ideia de Estado (Constitucional) de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios *preventivos e repressivos* que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”¹²² (Os grifos constam do original).

O que se quer deixar claro é que tratamento adequado e eficaz de ilícitos que reclamam atuação mais contundente do Estado no trato da criminalidade não se confunde com maltrato aos direitos fundamentais. A premissa é a de que, por mais *hediondo, grave ou organizado* que seja o crime, na persecução criminal, o Estado tem de pautar o seu agir de acordo com o perfil democrático desenhado na Constituição de 1988, cuja espinha dorsal está consubstanciada nos direitos fundamentais e que o ambiente do processo penal é pautado pela tensão ou colisão entre os direitos fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva, devendo o sistema criminal ser concebido e manuseado tendo em mira buscar o justo equilíbrio entre esses interesses.

¹²² Ibid.

Nesse sentido, em trabalho com tema central refletindo sobre essa problemática, Fábio Ataíde, após ponderar “... que a colisão entre o poder punitivo e o direito de defesa não deve ser resolvida pela preponderância de nenhum dos elementos”, pois “Tanto interessa ao Estado punir os culpados como absolver os inocentes”, indaga se existiria mesmo uma saída para a colisão entre o poder punitivo e o direito de defesa ou se seria possível alcançar um equilíbrio sustentável, a ponto de se atingir um alto grau de eficácia punitiva e, ao mesmo tempo, assegurar a absolvição dos inocentes¹²³. O autor em destaque salienta que que, “Numa primeira vista, a resposta a qualquer dessas questões se torna mais difícil, porque nem mesmo o Estado consegue cumprir satisfatoriamente a promessa de punir os culpados e absolver os inocentes”¹²⁴.

O pensamento aqui esboçado quanto ao processo penal é de que os princípios constitucionais processuais exalados dos direitos fundamentais se apresentam, em primeira dimensão, sob a categoria de *limitações ao dever-poder de exercício da persecução criminal*, inserido na ótica do Estado democrático-constitucional normatizado pela Constituição de 1988, com paradigma dissonante daquele perquirido por um diploma *repressivo*, próprio dos regimes de força. Por conseguinte, conquanto os direitos fundamentais devam ser observados nas suas duas dimensões, subjetiva e objetiva, o sistema criminal moderno, de perfil democrático, é mais garantista, no sentido de que os direitos fundamentais que limitam o *dever-poder* da persecução penal pelo Estado possuem posição de destaque¹²⁵, nada obstante dessa classe de direitos seja extraída a assertiva de que o ente estatal tem de organizar-se para ser eficiente no *dever de proteção* aos bens jurídicos mais caros da sociedade.

4.1. Distinção ontológica entre a teoria do processo criminal e a teoria do processo civil

A teoria do processo penal não se confunde com a do processo civil. Se a perspectiva do processo civil é a composição de litígios quanto às relações intersubjetivas travadas no seio da sociedade, a do processo penal é a contenção da força do Estado na persecução penal em relação a quem é imputada uma conduta ilícita. Conforme analisado, a existência do processo penal é conquista civilizatória moderna pós-revolução francesa, quando foram pensados os limites aos poderes do Estado por meio da declaração de direitos inerentes à condição humana e à tripartição dos poderes, que consistem nas limitações políticas, nos sentidos vertical e horizontal. Até então, a punição pela prática do crime era uma atividade autoexecutória, enfeixada nas mãos do soberano.

O Estado só se interessava em relação àquilo que dizia respeito ao seu poder, de modo que as questões envolvendo os particulares eram resolvidas pelos próprios envolvidos, reservando para si a punição criminal, até porque essa seara é importante instrumento de exercício do poder. Nessa ideologia, conquanto o Estado preservasse para si próprio o poder de punir, quanto às questões cíveis cabia aos próprios indivíduos, envoltos nos conflitos, o direito de resolvê-lo.

Se *A* tinha um o direito de exigir uma obrigação em relação a *B*, ele possuía o direito subjetivo de praticar os atos que se fizessem necessários a fim de exigir o seu cumprimento. Porém, desde logo, restou evidenciado que as *querelas intersubjetivas sociais* não podiam ser resolvidas ao alvedrio dos particulares, pois a *justiça privada* originava instabilidade jurídica profunda e mesmo muita injustiça. Até porque, no império da justiça privada, o direito sempre pertencia ao mais *forte*.

No escopo de coibir os abusos verificados na autocomposição das controvérsias, o próprio homem, através do pacto social, outorgou ao Estado o poder-dever de tomar conhecimento e dirimir as contendas judiciais relacionadas a questões privadas. De outra banda, ao receber e

¹²³ ATAÍDE, Fábio. *Colisão entre poder punitivo do estado e a garantia constitucional da defesa*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 32.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Esse desequilíbrio em prol dos direitos fundamentais na perspectiva subjetiva decorre, essencialmente, do princípio da presunção de não culpabilidade ou do *in dubio pro reo*. Cf. item 9.2 e segs., *infra*, especialmente o 9.2.3.

abarcar para si a solução das querelas intersubjetivas verificadas no grupo social, o Estado-Juiz fez exsurgir para os jurisdicionados o direito público subjetivo de pleitear (o direito de ação) ao órgão judicante a tutela jurisdicional quanto à lesão ou ameaça ao seu direito.

O direito de ação cível, dessa forma, pertence ao *particular/jurisdicionado* e é invocado contra o órgão judicante, porquanto este detém o monopólio estatal da jurisdição e, acima de tudo, o dever de tutelar o direito vindicado, compondo a lide, a fim de dirimi-la. Por isso mesmo, são elementos estruturantes do processo civil a *jurisdição, a ação e o processo*¹²⁶. Assim, a jurisdição cível, que é o poder de dirimir a lide, dizendo o direito, opera por meio do processo¹²⁷, que por sua vez só tem início com o ajuizamento da ação. A ação cível é a forma de o particular acionar o Estado-juiz para que este preste a tutela jurisdicional, no escopo de resolver um problema que não pôde ser equacionado por ele com o uso das suas próprias mãos.

A jurisdição civil limita o particular, razão pela qual gira em torno do direito de ação, que é a forma de garantir ao autor o acesso à justiça e, por outro lado, evita o ficar à mercê da força de quem acredita ser o seu credor. Nessa ordem de ideias, a norma processual regula o litígio entre os particulares que se desenvolve perante a autoridade do juiz, no desiderato de assegurar a *paridade de armas* na defesa do direito que cada uma entende merecer o agasalho jurisdicional. Mesmo quando um dos integrantes da relação processual é o próprio Estado, na qualidade de autor ou de réu, este deve ser tratado com igualdade, conquanto se admita, em certas circunstâncias, algum tratamento específico, diante de sua natureza jurídica¹²⁸. Até porque o processo civil foi – e é – pensado para o tratamento de litígio envolvendo interesses intersubjetivos, ou seja, entre pessoas físicas e/ou jurídicas privadas.

Em reforço a essa premissa de que o processo civil foi idealizado para a resolução de questões envolvendo os particulares, não se pode perder de vista que a finalidade do Estado é a promoção do bem comum, competindo-lhe, antes de tudo, realizar a *justiça* com o desenvolvimento da *macropolítica* que deve ser imaginada para efetivar os direitos incrustados no sistema jurídico. Partindo dessa ordem de coisas, não se concebe, em primeiro plano, que o Estado, na área cível, tenha como regra litigar contra as pessoas, a ponto de gerar a maioria dos conflitos judiciais¹²⁹. Ademais, como na seara cível a administração, para a consecução de seus fins, possui como atributo a *autoexecutoriedade*, a não ser em raríssimas hipóteses, não precisa pedir ao Judiciário o cumprimento do que o administrado está obrigado a fazer, a deixar de fazer ou a não

¹²⁶ Sobre esses elementos estruturante do processo civil, Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.

¹²⁷ Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, p. 236.

¹²⁸ Diante do interesse público que subjaz em processo civil que tem o poder público como uma das partes, em alguns casos, é justificável o tratamento especial dado pela norma processual, como a que, em homenagem ao princípio da indisponibilidade da coisa pública, não admite que do silêncio sobre os fatos assacados pela parte contrária decorra a presunção de veracidade quanto ao afirmado. Mas nem sempre a natureza jurídica da fazenda pública dá azo a tratamento protecionista pela norma processual civil, pois, em alguns casos, isso pode fazer com que o beneficiado seja a parte contrária. Por exemplo, no âmbito da prova, se o particular diz que não houve o processo administrativo ou que este, conquanto existente, não observou o direito à ampla defesa, cabe ao órgão administrativo exibir a prova da plena observância do mandamento constitucional. Vários outros exemplos podem ser acrescentados, como é o caso da desnecessidade de demonstração de culpa, para a obtenção do direito à indenização, na hipótese de dano praticado por agente do Estado.

¹²⁹ Infelizmente, há uma grave crise de justiça no âmbito dos poderes públicos no Brasil. Segundo dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2010, foram iniciados 24,2 milhões de processos nas três esferas da Justiça, somando-se aos já 59,2 de processos pendentes, totalizando 83,4 milhões de processos. A série histórica do Justiça em Números do CNJ revela que o número de processos novos e o acervo cresceram até 2017. Ademais de em 2017 não ter havido aumento do acervo, em 2018 houve pela primeira vez uma queda dos processos pendentes – cerca quase um milhão de processos. Seguindo essa tendência, em 2019 houve a constatação da redução do acervo em 117%, fazendo com que voltasse para o patamar do ano de 2015, ou seja 77,1 milhões de casos pendentes. Como se vê, apesar da redução, o número ainda é muito alto. Infelizmente, o Poder Público apresenta-se como o litigante-mor na seara forense, na qualidade de réu. Ou seja, além de não fazer a justiça, que é a sua *ratio essendi*, os órgãos públicos ainda estão sendo demandados perante o Judiciário, emperrando o funcionamento deste. (*Justiça em números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021).

fazer. Assim, afóra os casos em que o Estado queira compelir o particular a fazer algo, ele não precisa do socorro do Poder Judiciário para fazer valer o direito que entende dever ser respeitado.

Por isso mesmo, no processo civil, com ressalva quanto à execução, especialmente a fiscal –, hipótese em que está presente na lide como autor, o Estado ocupa, geralmente, o polo passivo da relação processual, o que explica a razão pela qual as normas específicas a respeito da participação deste no processo de conhecimento, de execução em geral e cautelar, postadas no ordenamento processual civil ou em leis especiais, sempre se referem a um modo particular de defesa – prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, duplo grau de jurisdição, impenhorabilidade dos bens, execução específica, pagamento por meio da expedição de precatório etc.¹³⁰

No processo penal, a situação se inverte¹³¹. Até porque, a não ser que se conceba o poder público como autor da prática de crime, não há situação em que ele seja acusado¹³². Isso explica por que o processo penal, ao contrário do civil, foi engendrado tendo como premissa o Estado na qualidade de autor, aquele que, por meio do aforamento da ação, exercer o dever-poder da persecução criminal.

O festejado processualista italiano Francesco Carnelutti¹³³, meditando sobre o tema, com a sua inegável autoridade, descortina essa realidade, ao dizer, quando tratou de definir a natureza jurídica da jurisdição penal, que o “... *que yo he llamado aqui hasta ahora poder jurisdiccional se conoce bajo el nombre corriente del derecho de castigar*”, de modo que, para ele, “... *poder de castigo o poder de jurisdicción penal quieren decir, pues, la misma cosa*”. Ao contrário do que à primeira vista as palavras de Carnelutti¹³⁴ dão a entender, em outro escrito, ele cuida de esclarecer que o direito de punir não é do juiz, mas sim de quem exerce a pretensão punitiva, no caso, o Ministério Público.

O processo penal, por conseguinte, antes de qualquer outra coisa, serve para disciplinar essa pretensão acusatória e punitiva, ou melhor, a persecução criminal visto que, ao contrário do que ocorre no espaço cível, na arena criminal o Estado não possui autoexecutoriedade, razão pela qual, quando alguém pratica uma conduta ilícita, ainda que este queira sujeitar-se à vontade da lei, para que seja possível a declaração de sua responsabilidade penal e consequente aplicação da sanção, é necessária a instauração do processo e a comprovação da culpa¹³⁵.

Leo Rosenberg¹³⁶, professor titular da Universidade de Munique, ao extremar a distinção entre a jurisdição penal e a civil, anota que a primeira “... *sirve para la resolución sobre el derecho perteniente al Estado de imponer una pena (criminal), fijada para um delito, y para su ejecución*”, enquanto a segunda “... *se trata de la declaración y realización de derechos y relaciones jurídicas (entre las partes) de derecho privado, a veces también de derecho publico*”. Atento a esse aspecto, o reverenciado processualista civil alemão assevera, em reforço ao que aqui vem de ser sustentado, que a circunstância de a jurisdição penal reger o *interés público en el castigo del culpable, ao passo que a civil o interés del particular en la imposición de su derecho* é o que fundamenta e explica “... *la distinta construcción de ambos procesos y la vigencia em ellos de principios procesales distintos*”.

¹³⁰ Diante desses excessivos mecanismos de proteção, a Fazenda Pública – aqui considerada de acordo com o conceito emprestado pelo Código de Processo Civil –, é estimulada a litigar na qualidade de réu.

¹³¹ O habeas corpus é uma excepcionalidade.

¹³² Parte dos doutrinadores – se não a maioria – entende, com apoio no art. 225, § 3º, a possibilidade de as pessoas jurídicas praticarem infração penal, chegando, alguns deles, a admitir, em consonância com a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a hipótese de o poder público também figurar como réu.

¹³³ **Lecciones sobre el proceso penal.** Tradução Santiago Sentís Melendo. Chile/Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América/Bosch y Cía. Editores, 1950, p. 149.

¹³⁴ **Principios del proceso penal.** Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 35 e segs.

¹³⁵ Sobre a dimensão diferente do princípio do *due process of law* no processo penal, cf. 4.2.1, infra.

¹³⁶ **Tratado de derecho procesal civil.** 4. ed. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 70.

Se o fim precípua do processo civil é a composição da lide envolvendo interesses de particulares e, eventualmente, do poder público, no processo penal o que se disciplina é o dever-poder de exercício da persecução criminal do Estado, que somente pode aplicar a lei sob o crivo do Judiciário. O processo penal, por conseguinte, limita o exercício da persecução criminal, porque a sanção não pode ser imposta senão mediante autorização judicial, formada em um procedimento no qual sejam respeitados os direitos fundamentais encartados na Constituição e as demais regras processuais complementares.

Isso faz com que os direitos fundamentais, declarados sob a forma de princípios na Constituição, sejam vistos e tenham alcance no processo penal diferenciado daquele que lhes é emprestado no processo civil. O conteúdo de alguns princípios, como o da igualdade, embora a dicção normativa seja idêntica para ambas as espécies de processo, em um e outro, diante das singularidades das espécies de jurisdição, é distinto e acarreta consequências especiais no processo penal, pois no ambiente criminal, como forma de se estabelecer a paridade de armas, o tratamento isonômico é calibrado pelos *princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade*¹³⁷.

Outros, como é o caso do *princípio da ampla defesa*¹³⁸, por força da própria redação emprestada ao dispositivo pelo constituinte, têm conotação específica em cada um dos tipos de processo, sendo mais denso no ambiente criminal, por significar que a defesa não se trata de uma mera oportunidade, sendo necessário que seja *efetiva e eficiente*, caracterizando nulidade absoluta a sua falta e relativa a sua falta de efetividade, consoante a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal (“No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”).

Por outro lado – enfatize-se uma vez mais –, a investigação da teoria do processo penal não se pode conter na análise da legislação subconstitucional, principalmente no sistema jurídico brasileiro, que é baseado em uma Constituição calcada nos direitos fundamentais, *dirigente e compromissária*. Infelizmente, em virtude do pensamento jurídico-dogmático dominante, fomentado pela cultura *positivista e privatista*, há, em nosso meio, certa idolatria pelo Direito infraconstitucional, de modo a procurar-se adaptar a Constituição às leis ordinárias, e não o contrário. Essa cultura dogmática – salienta Streck – explica por que a Constituição e, de permeio, o constitucionalismo em si ainda não ocupam “... o devido lugar de destaque (portanto, cimeiro) no campo jurídico brasileiro”¹³⁹.

Atento à distinção ontológica entre os processo penal e civil, em julgamento sobre o recebimento de queixa criminal, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Cesar Peluso¹⁴⁰ pinçou, com régua e compasso, as nuances entre os dois ramos do direito, partindo da premissa de que, enquanto neste o que está em debate é a *liberdade jurídica* dos contendores, naquele, em relação ao réu, trata-se de discutir a própria *liberdade física e moral* da pessoa. Por liberdade física e moral da pessoa, leia-se direito de liberdade em si, que vai além da prisão para abranger medidas restritivas que venham a ser impostas pelo juiz, e o direito à inviolabilidade da intimidade, que diz respeito, notadamente, à honra e à imagem.

Por isso mesmo, se a relação jurídica processual civil pode ser instaurada sem que a parte autora agregue à exordial elementos probatórios, ainda que perfunctórios, a respeito do fato que dá causa ao pedido, o mesmo não ocorre com o processo penal, pois a mera existência deste já se presta pelo menos para ameaçar o direito de liberdade e comprometer severamente a honra e a imagem do acusado. É fato que, a despeito do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, basta a pessoa ser indiciada em inquérito policial para que ela tenha maculada – não raro, de forma permanente –, a sua imagem e a honra perante a sociedade.

¹³⁷ Cf. item 4.2.2., *infra*.

¹³⁸ Cf. item 4.2.5, *infra*.

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 30-31. Cf. capítulo 9, *infra*.

¹⁴⁰ Essa afirmação do Ministro foi feita em sessão do STF transmitida pela TV Justiça, no Inq. 2033/DF, Relator Ministro NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 16 de junho de 2004.

Nessa passada, observe-se que a doutrina e a jurisprudência nacional, de forma uníssona, entendem que a instauração de inquérito ou a admissibilidade de ação penal sem que haja a justa causa caracteriza constrangimento ilegal, sanável, até mesmo, por meio da interposição de habeas corpus. A esse respeito, verifique-se que a ementa da decisão do STF no Inq. 2033/DF, assim ficou redigida¹⁴¹:

EMENTA: INQUÉRITO. CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL. RECEBIMENTO DE QUEIXA-CRIME. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS DE PROVA. QUEIXA-CRIME REJEITADA. Para o recebimento de queixa-crime é necessário que as alegações estejam minimamente embasadas em provas ou, ao menos, em indícios de efetiva ocorrência dos fatos. Posição doutrinária e jurisprudencial majoritária. Não basta que a queixa-crime se limite a narrar fatos e circunstâncias criminosas que são atribuídas pela querelante ao querelado, sob o risco de se admitir a instauração de ação penal temerária, em desrespeito às regras do indiciamento e ao princípio da presunção de inocência. Queixa-crime rejeitada.

Sensível a esse aspecto, Cernelutti, no ensaio *As misérias do processo penal*, com percuciência, assevera que um dos maiores erros judiciários ocorre, justamente, quando é reconhecida a inocência do acusado, pois, nesse caso, ele não só se submeteu a um constrangimento indevido, como ficará estigmatizado perante o grupo social.

Tal fato explica a razão pela qual se identifica, ao lado dos pressupostos de admissibilidade das ações em geral – interesse de agir e legitimidade –, um terceiro pressuposto para a ação penal, qual seja, a justa causa, que é a demonstração probatória de que o fato delituoso, realmente, ocorreu e de que os indícios revelam a possibilidade de o acusado ter sido o seu autor, em conduta praticada com culpa, no sentido *lato sensu*. A justa causa, nesse aspecto, flexibiliza o princípio da presunção de inocência, em consonância com a distinção feita no item 4.2.2, *infra*.

Aqui uma questão importante, a fim de se compreender a exata distinção ontológica entre os processos criminal e civil. O processo penal é decorrência lógica do princípio da tripartição dos poderes. Sem tripartição de poderes, não há de se falar em processos penal. Por isso mesmo, o processo penal – o Direito criminal em si –, só surgiu propriamente a partir da Revolução Francesa, com a ideia da separação dos poderes Executivo e Judiciário. O processo penal é o instrumento do qual o Estado-administração, dividido entre polícia judiciária e Ministério Público, se serve para pedir ao Estado-juiz a autorização para aplicar a lei penal em um caso concreto, por meio da aplicação de *pena* ou *medidas alternativas*¹⁴².

O Estado-administração, para cumprir a missão que lhe é outorgada diante do monopólio da persecução criminal, precisa da autorização do Judiciário, questão que é discutida dentro do processo criminal, principal ou incidental, como são os casos de busca e apreensão, quebra dos mais diversos sigilos e interceptações telefônicas, sendo assegurada a ampla defesa contra quem se pede a aplicação da lei penal. Enquanto no processo civil quem pede é o particular, no criminal a pretensão é veiculada pelo próprio estado.

Se no processo civil tecnicamente a ação é proposta pelo autor contra o Estado-juiz, e não propriamente contra o seu devedor, no processo penal tem-se o Estado-administração propondo a ação contra o Estado-juiz. No primeiro, o Estado-juiz tutela o direito do autor, em decorrência do monopólio da força pelo Estado, enquanto no segundo, é a próprio monopólio da força do Estado-administração que é submetida ao crivo do Judiciário, como forma de assegurar ao acusado o devido processo legal.

Por conseguinte, o processo civil gira em torno do *direito de ação*, enquanto no criminal a situação se inverte, pois a razão de ser do processo penal é o *direito de defesa*. O direito de defesa, assim, é o *coração* do processo penal.

¹⁴¹ Supremo Tribunal Federal. Classe: Inq – Processo: 2033, UF: DF, Data da decisão 16 jun. 2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 11 jan. 2007.

¹⁴² Cf. item 5.1.1.4, *infra*.

Para além disso, enquanto no processo civil a ação é um direito, no processo penal a ação penal, quando de iniciativa pública¹⁴³, cuida-se de um dever, o dever-poder de exercício da persecução criminal. A ação penal é uma *class action*, pois o Ministério Público não age em nome próprio, se não em nome do povo ou da sociedade, aí incluída a vítima, que tem interesse na persecução penal, como forma de proteção dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva. Isso é o que justifica o fato de a titularidade da ação penal não ser outorgada ao particular ou vítima, mas sim a um órgão estatal, no caso, a polícia judiciária, na fase investigatória, e ao Ministério Público, na processual¹⁴⁴.

Assim, se é certo definir a ação no processo civil como o direito público subjetivo de provocar a atuação do Poder Judiciário na proteção a uma lesão ou ameaça de direito, no ambiente criminal a *ação penal de iniciativa pública é o dever-poder reconhecido ao Ministério Público para, em nome da sociedade, promover a persecução criminal na defesa dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva, pertencentes ao grupo social, aí incluída a vítima direta e a sua família*. A ação penal, portanto, dimana do *dever de proteção eficiente* do estado que exala da compreensão dos direitos fundamentais na sua dimensão objetiva.

Tendo em consideração esse *distinguish*, o processo civil pode ser conceituado como o conjunto de atos levados a efeito para compor a lide relacionada a direitos intersubjetivos, discutidos entre particulares, pessoas físicas ou jurídicas e, em alguns casos, entre particulares e entes estatais e, até mesmo, entre órgãos públicos.

De outra banda, tem-se que *o processo penal é o instrumento com o qual se exerce a jurisdição, atuando o Judiciário na composição do conflito de interesses entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, representadas, de um lado, pelo dever-poder de exercício da persecução criminal, germinado do dever do Estado de conferir proteção eficiente aos direitos essenciais à condição humana e, de outro, pelo direito do acusado de que a persecução criminal seja pautada em consonância com o devido processo legal, notadamente quanto à ampla defesa, o direito à liberdade e à preservação da honra e da imagem da pessoa acusada*.

Por isso mesmo, o processo na seara criminal é, antes de tudo, *garantia*, daí que não se há de aplicar a *teoria da instrumentalidade das formas* que é inerente ao processo civil, conforme exposto no item 4.2.1, pois o *devido processo legal criminal* ostenta o *status* de garantia da processualização da persecução criminal, detendo função de *instrumentalidade constitucional*.

Como se observa, o processo penal tem raízes próprias e distintas do processo civil, de modo que os seus elementos estruturantes são diferentes. De outra banda, notadamente os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e de não culpabilidade, acusatório, da inviolabilidade da intimidade, da ampla defesa e da liberdade conferem um colorido específico ao processo penal, que o distingue, substancialmente, do processo civil.

4.2. Classificação dos princípios constitucionais que formam a teoria do processo criminal

São diversas as classificações dos direitos fundamentais emprestadas pelos doutrinadores. Isso porque, como se não bastasse a complexidade de sua estrutura interna, eles se apresentam com uma enorme variedade de tipos¹⁴⁵. Muitos critérios podem ser adotados, pois pode ser feita a distinção tendo como suporte a (1) *titularidade e os sujeitos*, (2) *o conteúdo ou o objeto*, (3) *a estrutura*, (4) *o modo de proteção* e (5) *a força jurídica*. Edilson de Farias, tendo em conta a *teoria dos status* de Giorgio Jellinek subsidiada pela *teoria das posições jurídicas fundamentais*,

¹⁴³ Cf. item 5.1.1, *infra*, em que se defende a incompatibilidade da ação penal de iniciativa privada com a ideia do Direito Penal Mínimo. Cf., ainda, o item 3.3, *supra*.

¹⁴⁴ Sobre a ação penal de iniciativa privada, conferir o item 4.2.3, *infra*, em que se defende a incongruência da ação penal de iniciativa privada com o sistema processual democrático.

¹⁴⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 101.

elaborada por Alexy, classifica os direitos fundamentais em (1) *direitos de defesa, que se confundem com os chamados direitos de primeira geração, os quais impõem limitações aos poderes do Estado*; (2) *direitos fundamentais de prestação, que se identificam com os denominados direitos de segunda geração, os quais reclamam do Estado não uma abstenção, mas uma ação no sentido de materializar as garantias*; e (3) *direitos fundamentais de participação, os quais se referem à reserva de espaços públicos para que o cidadão possa atuar na vida política do país*.

De todo modo, para o escopo deste livro, impõe-se realçar a distinção entre os *direitos fundamentais*, que é feita em consonância com o bem *jurídico tutelado*, critério segundo o qual eles podem ser classificados em grupos de preceitos que se prestam a preservar a inviolabilidade dos direitos à *vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*. Assim, *dogmaticamente*, os direitos fundamentais podem ser distribuídos em três espécies distintas, uma vez que, da sua análise sistêmica, observa-se que há um conjunto de princípios que dizem respeito à integridade física (vida, corpo no todo e/ou em partes), outros que tratam de resguardar a integridade psíquica (direito de liberdade) e, por fim, aqueles que se prestam a tutelar a integridade moral (honra).

Seguindo essa orientação, pode-se sugerir a classificação dos direitos fundamentais, tendo em conta três vertentes. Primeiramente, os direitos pertinentes à integridade física (direitos físicos), que se referem aos componentes materiais da estrutura humana, como o corpo em seu todo, os órgãos, os membros e, até mesmo, o cadáver. Em segundo lugar, os direitos que dizem respeito à integridade psíquica (direitos psíquicos), que dão proteção aos elementos intrínsecos da personalidade, consubstanciados no direito à liberdade, à intimidade, à privacidade, ao sigilo, à imagem, ao segredo etc. Por último, mas não menos importantes, os direitos inerentes à integridade moral (direitos morais), que servem para salvaguardar os atributos valorativos da pessoa na sociedade, formando o seu patrimônio moral, materializado no direito à identidade, à honra etc.

Essa classificação pode orientar o intérprete a ter presente, ao se defrontar com a colisão de *direitos fundamentais*, qual o bem jurídico que, no caso concreto, diante das circunstâncias específicas da situação, deve prevalecer. Todavia, não serve, por si só, para dizer qual o direito que deve predominar em tese, pois isso depende das circunstâncias que permeiam o caso concreto. É comum que, em determinado caso, diante das circunstâncias, um *direito fundamental* pertencente ao grupo dos direitos físicos prevaleça sobre outro da categoria dos que estão classificados como direito psíquico, todavia, em outra hipótese concreta, ocorra exatamente o inverso.

Sobre o assunto, Ronald Dworkin chama a atenção para o mau vazo de decidirem-se esses *hard cases* com pré-conceitos de prevalência, fazendo com que as decisões sejam tomadas “... apenas por um cálculo utilitarista de rotina”¹⁴⁶. Ademais, como se disse, não há, *a priori*, um direito fundamental que seja sempre mais relevante do que outro, de modo que, nos casos de colisão entre direitos fundamentais, situação que é bastante frequente, a solução exige a *técnica da ponderação* contextualizada com a situação concreta¹⁴⁷.

Outra classificação importante para os fins do estudo aqui desenvolvido é a que leva em conta as características dos direitos fundamentais, hipótese em que eles podem ser enxergados e especificados segundo as nuances das regras gerais que, conquanto se manifestem com algumas diferenças quanto ao alcance, são comuns entre os direitos que integram essa mesma categoria. Nessa concepção, esses direitos são classificados em intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, inapropriáveis, imprescindíveis, vitalícios, relativos e universais.

A lógica que comanda essa classificação é a de que, sendo os direitos fundamentais os direitos mínimos necessários à dignificação da pessoa humana, eles, em rigor, devem acompanhar a existência da pessoa, desde o nascimento até o falecimento, em qualquer parte em que se

¹⁴⁶ **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 109.

¹⁴⁷ Sobre a colisão dos direitos fundamentais, Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, 2021, p. 225-233.

encontre, não se admitindo, sequer, a renúncia ao exercício de um desses direitos pelo seu próprio titular.

Levando em consideração a sua natureza, os *direitos fundamentais* podem, ainda, ser classificados como *direitos fundamentais propriamente ditos e direitos de personalidade*, conforme seja a perspectiva sob a qual eles são vistos, isto é, tendo em conta as relações horizontais, encetadas entre o Estado e os cidadãos – normas de direito público –, ou as relações mantidas pelos indivíduos e grupos econômicos entre si – normas de direito privado. A importância dogmática dessa distinção impõe que o assunto seja destacado, tarefa que será cumprida mais adiante, no item 5.8, *infra*.

Essas classificações, conquanto sejam importantes, e sirvam de orientação, não vão ser propriamente adotadas para a formulação dos *direitos fundamentais do processo penal brasileiro*. Tendo em conta a *função e os bens jurídicos tutelados* pelos direitos fundamentais no ambiente do processo penal, será adotada uma classificação consentânea à exposição dogmática da teoria constitucional do Direito Processual Penal, na sequência necessária para um desenvolvimento lógico do pensamento exposto, tal como consta em outro livro do autor¹⁴⁸.

Assim, a classificação diz respeito aos direitos fundamentais relativos: (1) *ao devido processo legal*; (2) *à presunção de não culpabilidade*; (3) *ao princípio acusatório*; (4) *à preservação da intimidade*; (5) *à ampla defesa*; e (6) *à liberdade*. Com essa divisão dos direitos fundamentais, serão expostas, de forma resumida, as cláusulas constitucionais estampadas na Constituição que têm pertinência ao Direito Processual Penal, sendo abordado nessa oportunidade apenas o que imprescindível para o desenvolvimento do pensamento aqui expandido¹⁴⁹.

Certamente que a classificação escolhida não é indene de críticas, a começar mesmo pelo aparente paradoxo de contemplar, dentre as categorias de direitos fundamentais, o devido processo legal, quando se sabe que, em rigor, o conjunto de todos esses direitos pertinentes ao ambiente criminal constitui a *legitimidade e legalidade* do processo¹⁵⁰.

Assim, em verdade, todos os direitos fundamentais fazem parte do que se convencionou chamar *due process of law*. Ainda assim, a classificação se justifica, porquanto vem a ser apresentada com inquietação mais de cunho dogmático, na tentativa de fornecer ao leitor uma visão sistemática do assunto, ademais de inserir, na compreensão do devido processo legal, institutos que, comumente, não são observados sob essa ótica.

Por outro lado, o método adotado para a exposição teve em mira tratar, de modo específico, os direitos fundamentais que, sem embargo de serem incluídos no contexto do devido processo criminal e dele serem indissociáveis, possuem conformação de todo singular.

4.2.1. Princípio do devido processo legal/criminal

Verificada conduta tipificada como crime em lei elaborada pelo Legislativo, exsurge para o Executivo o dever-poder de exercer a persecução penal contra quem foi o autor do ilícito, necessitando, para tanto, após reunir as provas quanto à infração no que diz respeito às circunstâncias, à materialidade e aos indícios referentes à autoria, ajuizar a ação perante o Judiciário, com o correspondente pedido para que seja aplicada a sanção ou medida judicial adequada.

É como se o Estado fosse três pessoas distintas: (1) uma, o Legislativo, a que faz as leis e define, no plano abstrato, quais são os crimes possíveis de punição e as penas ou medidas

¹⁴⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, 2021.

¹⁴⁹ O aprofundamento teórico sobre esses 6 (seis) princípios consta de outro livro do autor, intitulado **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**, 3. ed., rev., ampl. e atual. Natal: Owl, 2021. O tema está tratado da p. 279 à p. 706.

¹⁵⁰ Cf. item 4.2.1, *infra*.

aplicáveis; (2) outra, o Executivo (polícia judiciária e Ministério Público)¹⁵¹, incumbida de enviar os esforços no desiderato de pleitear a aplicação, no caso concreto, da sanção ou medida prevista na lei; e, por fim, (3) uma terceira pessoa, o Judiciário, que tem como função conhecer e processar o pleito do Executivo/Ministério Público – que é quem detém capacidade postulatória, nos termos do art. 129, I, da Constituição – para, no final, julgar o caso, decidindo pela pertinência, ou não, da *persecutio criminis*.

A missão do Judiciário, em verdade, é de *controle da força do Estado*, cabendo-lhe cuidar para que os preceitos normativos sejam observados, notadamente os que dizem respeito aos direitos fundamentais. Prima em patrulhar a *legalidade da persecução criminal*. No ponto, alertava J. C. Mendes de Almeida¹⁵² que um dos princípios fundamentais do processo penal é o da *jurisdicionalidade do procedimento penal* pois “A administração não pode, como noutros ramos de sua atividade, desenvolver, em matéria penal, por coação direta sobre os imputados”. Como salienta o preclaro professor, *considerações relevantes* determinam o Estado, na área criminal, agir por via jurisdicional.

Considere-se que a persecução penal era uma atividade *fundamentalmente administrativa* que, antes da concepção do princípio do devido processo legal, gozava da característica da autoexecutoriedade.

Com o devido processo legal, a jurisdição penal saiu da esfera apenas administrativa e passou a ser processualizada, sob a direção de um juiz independente e imparcial. Por meio desse princípio dá-se aquilo que Frederico Marques¹⁵³ denominou *processualização* da persecução penal.

A preocupação em estabelecer norma eliminando a *autoexecutoriedade estatal* em relação à persecução penal tem como gérmen a Carta Magna inglesa de 1215, ao deixar assentado, no art. 39, que “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado dos seus bens, banido ou exilado, ou de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir, contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”. A expressão *law of the land*, utilizada na cláusula em comento, foi substituída, no Século seguinte, pela locução *due process of law*.

Tempos depois, a expressão *due process of law* foi consolidada na Quinta Emenda americana, preceituando que “*No person shall... be deprived of life, liberty property, without due process of law*”.

As normas processuais penais encartadas nos direitos fundamentais e deles decorrentes formam o devido processo legal, pelo que, no contexto de um Estado Democrático-Constitucional, que se pauta pelo garantismo, esse preceito se aplica à persecução penal em si, abrangendo tanto a fase processual quanto a investigatória, estabelecendo o que se denomina *tipicidade constitucional*.

No sentido lato, o devido processo legal é o conjunto de todas as normas que, de um lado, asseveram os direitos do agente apontado como o autor do crime e, por outro, fixam os limites da persecução penal. Nesse quadrante, o devido processo legal se confunde com a observância de todas as cláusulas constitucionais explícitas e implícitas que limitam a persecução penal.

No sentido estrito, e mais contida, o devido processo legal quer dizer que não há, na seara criminal, aplicação de pena, medida ou sequer qualquer manifestação da persecução criminal que necessite flexibilizar um direito fundamental, sem que, para a sua validade, a pretensão seja submetida ao crivo do Judiciário e receba deste a devida autorização. Nessa compreensão, o *devido processo legal* se identifica com o brocardo jurídico *nulla poena sine iudicio*¹⁵⁴.

Veja-se que essa dimensão do devido processo legal é ínsita ao campo do processo penal, uma vez que, na seara cível, o postulado constitucional não se manifesta sob esse aspecto,

¹⁵¹ O Executivo, a fim de estruturar o dever-poder de exercer a persecução penal ou o *jus perseguendi*, divide essa atividade em dois órgãos, a polícia judiciária, que se ocupa da fase preparatória ou investigatória, e o Ministério Público, que cuida de deduzir a pretensão acusatória perante o Judiciário.

¹⁵² **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 92.

¹⁵³ **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1977. v. 1, p. 28.

¹⁵⁴ AFRANIO SILVA JARDIM, ao evidenciar que o processo penal “... se faz também, e até principalmente, para a garantia do acusado” (**Direito processual penal**, p. 83), ressalta que pelo “... princípio *nulla poena sine iudicio*, o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário” (Idem).

porquanto, naquela, seja em que área for – cível propriamente dita, administrativa, fiscal etc. –, desde que o particular concorde com a pretensão do Estado-administração, o assunto pode ser resolvido com a aplicação da lei ao caso concreto, mediante acordo que não precisa, sequer, passar pelo crivo do Judiciário.

Quando se trata da persecução penal, porém, a composição do litígio fora do ambiente processual ou sem passar pelo crivo final do Judiciário não é possível, ainda que a pessoa contra a qual se volta a pretensão estatal concorde em ser responsabilizada criminalmente. A preocupação com a liberdade e a honra das pessoas na esfera criminal é de tal magnitude que a cláusula do devido processo legal exige para o reconhecimento da responsabilidade penal a adequada apuração do fato por meio do processo.

É por isso que a confissão, no espaço criminal, não se confunde com o reconhecimento da procedência da pretensão acusatória, nem muito menos torna, para fins de aplicação da norma penal ao caso concreto, desnecessária a instauração do processo criminal. Nem se pense que a possibilidade de solução negociada do *problema criminal*, mercê dos institutos da transação, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal, infirma a assertiva aqui expendida, pois, como se verá mais adiante, em nenhum desses casos há a aplicação de pena ou propriamente *assunção de culpa*. Isso sem falar que, em todos esses casos, ainda que não haja aplicação de pena, o negócio jurídico firmado pelas partes precisa passar pelo crivo do juiz.

Mesmo que venha a ser adotado o instituto do *plea bargain* do modelo estadunidense esse aspecto do devido processo legal no ambiente criminal restaria tergiversado, pois, ainda assim, de qualquer forma, esse tipo de acordo ficaria à mercê de homologação pelo juiz.

Cabe ressaltar, nesse ponto, que no projeto do chamado *Pacote Anticrime*, enviado pelo Executivo para o parlamento, constava a previsão do *plea bargain* – foi rejeitada pelo parlamento –, havendo proposta nesse sentido, igualmente, no projeto do NCPP, porém, em ambas as proposições, foi estabelecida a homologação judicial como condição para a eficácia do negócio jurídico.

Por conseguinte, a forma no processo penal detém substância, uma vez que não se trata de mera *formalidade*, mas de garantia, pelo que o *princípio da instrumentalidade das formas*, incidente no âmbito do processo civil não encontra eco na esfera criminal. Se o fim do processo penal embasado em um Estado Democrático-Constitucional é precipuamente limitar o dever-poder da persecução criminal, de modo que as regras previstas para a processualização da persecução penal sejam observadas, a forma pretraçada para o ato processual é de obediência imperiosa, salvo quando demonstrado, por quem detém o ônus da persecução criminal ou pelo juiz, que não houve nenhum prejuízo à defesa. Como bem adverte Gabriel Lucas¹⁵⁵, "O paradigma da instrumentalidade das formas é inservível ao processo penal, pois conflita com o sistema acusatório ao defender o protagonismo do magistrado e certa maleabilidade das formas". Ao contrário do modelo inquisitivo em que o que importa é o descobrimento da *verdade (ir)real*, no sistema acusatório a preocupação maior é com a legalidade, a fim de conter o Estado *vingador ou cruel*, fazendo-o conhecer os limites e atuar conforme as regras expostas no ordenamento jurídico.

Por isso mesmo, no campo do processo criminal arquitetado sob os contornos do sistema acusatório, quando não obedecida a forma estabelecida em lei, o ato processual é considerado nulo. No entanto, a jurisprudência e a doutrina majoritárias, seguindo a orientação do princípio da instrumentalidade das formas do processo civil, firmam passo no sentido de que, nada obstante praticado o ato com vício de forma, a nulidade só há de ser declarada caso o interessado demonstre a ocorrência de prejuízo. Ou seja, parte do pressuposto de que, mesmo com o defeito de forma, o ato deve ser considerado válido, a não ser que se prove o prejuízo, sendo essa a interpretação extraída do art.563 do CPP ("Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa").

¹⁵⁵ SOUZA, Gabriel Lucas Moura. **As nulidades do processo penal a partir da sua instrumentalidade constitucional: (re)análise dos princípios informadores**. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2017, p. 89.

Aplica-se, de forma acrítica, o princípio originário da doutrina francesa *pas de nullité sans grief*, imaginado para o Direito Civil e que foi transplantado para o Direito Processual Civil. Em verdade, a dogmática processual civil não desenvolveu uma teoria das nulidades, pegando emprestada a matriz conceitual do Direito Civil, prevista, assim, para equacionar vícios em uma dimensão estática, situação diferenciada da dinâmica processual¹⁵⁶.

Com essa ótica, o ato processual na seara criminal que não observa o *devido processo legal* é tolerado. Em outras palavras, o ato irregular é presumido válido. Há uma inaceitável *presunção de validade* do ato defeituoso ou atípico, o que engloba, inclusive, a produção de prova com vício. O entendimento a esse respeito, no sentido de validar, ao máximo, os atos ou provas produzidas com vício de forma induziu a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal a firmar passo no sentido de que a demonstração do prejuízo se faz necessária, até mesmo quando se trata da chamada *nulidade absoluta*.

No ponto, a Ministra Cármen Lúcia, na apreciação do RHC 126.885, confirmou essa tese, salientando que “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto à relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção”¹⁵⁷.

Ou seja, mesmo que o ato seja atípico não se *presume a nulidade*, aplica-se, por via oblíqua, a tese de que se *presume a validade do ato*, pouco importa a forma como ele praticado, ainda que o defeito seja de tal monta a ponto de ser classificado como hipótese de nulidade absoluta.

A despeito desse senão, o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, ao fim e ao cabo, confere tratamento igualitário às nulidades classificadas como *absolutas e relativas*, o que não parece adequado, quando se sabe que a distinção entre umas e outras se dá pelo fato de na absoluta a forma ser estabelecida no escopo de atender um *interesse público*, enquanto na relativa, o *interesse das partes*¹⁵⁸.

Ademais, não raro o ônus atribuído à defesa de demonstrar o prejuízo gera a exigência de produzir uma *prova diabólica*, espécie de *missão impossível*, ademais de reclamar a demonstração de prejuízo mesmo quando se cuida de nulidade absoluta vulnera o alcance do princípio do devido processo legal na área criminal.

Urge a alteração desse paradigma. A tese aqui sustentada é de que, tendo em conta tudo o que foi explicitado sobre a essência do processo penal, especialmente devido ao alcance da cláusula do devido processo legal, qualquer ato ou prova produzida com vício ou sem a observância das formalidades legais ocasiona a presunção *juris tantum* de sua nulidade. Aliás, essa parece ser a lógica. Se para a prática do ato processual é estabelecida determinada forma, dado que esta não foi observada, tem-se, em princípio, a ineficácia do ato, pois se trata de *ato atípico*.

Isso porque, como se disse, ao contrário do que ocorre no processo civil, a forma no processo penal se apresenta como garantia indispensável pois quem se encontra como parte em um dos polos da relação é o Estado, que atua por meio da polícia e do Ministério Público. Há, ontologicamente, uma *disparidade de armas* entre os contendores, a ponto de alguns doutrinadores e julgadores, contaminados pela cultura inquisitivista, ainda recalitrarem em enxergar o Ministério Público como parte no processo penal.

Quanto a esse aspecto, note-se que na relação processual civil a situação é diferente, porquanto, em geral, a demanda envolve particulares, em que a *paridade de armas* é a regra, sem embargo de às mais das vezes quem se encontra em situação desigual é exatamente o autor. Aliás, no processo civil, via de regra, o autor é quem está mais vulnerável, pois teve seu direito lesionado

¹⁵⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 686.

¹⁵⁷ RHC 126.885, Segunda Turma, DJe 01/20/2016) No mesmo sentido, RHC 125.242-AgR, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 15/03/2017; e HC 125.610, Primeira Turma, Relator para o Acórdão Ministro Edson Fachin, DJe 05/08/2016.

¹⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**, 2. ed. e-book baseada na 4. ed. Imprensa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 69.

ou ameaçado, sem embargo de a desigualdade sociocultural do Brasil fazer com que geralmente as pessoas que precisam acionar o Judiciário para fazer valer os seus direitos sejam as pessoas que não possuem poder econômico ou político.

Mas não se pense que aqui se está defendendo uma *legalidade radical ou estrita* para o processo penal, de modo que em toda e qualquer situação o ato atípico deva levar ao reconhecimento da nulidade. Defende-se uma *legalidade temperada*, que não dispensa a ideia do *prejuízo* como elemento importante para o reconhecimento da nulidade, mas dele faz uso em sintonia com as nuances da razão de ser do processo criminal.

Isto é, praticado o ato com vício quanto à formalidade, a *presunção* é de que o ato é nulo, salvo se o Ministério Público ou o juiz demonstrar que, nada obstante a irregularidade, não ocasionou *prejuízo* à defesa. Esse *ônus* de demonstrar o *prejuízo* recai no Ministério Público porque é de sua alçada o *ônus* de conduzir a persecução penal dentro da legalidade e de provar a culpa do acusado, e no juiz, especialmente neste, em razão da circunstância de ser da sua competência a direção do processo de acordo com as regras. Ao fim e ao cabo, faz parte da atividade jurisdicional não apenas julgar o mérito da questão como igualmente dizer se as formalidades legais foram cumpridas.

Essa é a exegese mais acertada do art. 563 do CPP, pois ali diz, apenas, que não será declarada pelo juiz a nulidade do ato, senão quando identificado *prejuízo* para o Ministério Público ou para a defesa. Não diz, em momento algum, que esse *ônus* é da defesa. Pelo contrário, a norma é dirigida ao juiz, atribuindo-lhe o dever de observar, quando da declaração da nulidade, a existência ou não de *prejuízo*.

Essa posição é defendida por Aury Lopes¹⁵⁹, ao arrematar que há de se fazer a *inversão de sinais*, ou seja, não é a parte quem deverá suportar o *ônus* de demonstrar o *prejuízo* que teve, mas, sim, o juiz, que “... deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse a sua finalidade ou tenha sido devidamente sanado”, liberando a defesa dessa *carga probatória*.

Não fosse a instrumentalidade constitucional do processo criminal bastante para conferir azo à tese aqui sustentada, há de se convir que o *ônus* da demonstração do *prejuízo* não pode recair nos ombros da defesa quando quem pratica a irregularidade é outrem. Aliás, no ambiente criminal, essas irregularidades, não raro, acontecem na fase pré-processual ou investigatória por desatenção, falta de conhecimento ou certa truculência dos órgãos policiais, sendo de se reconhecer, ainda, que em muitos casos, no afã de encurtar a apuração e *finalização* do processo, membros do Ministério Público e magistrados sejam responsáveis pelos vícios.

Certamente que a tese a respeito da nulidade em razão da existência de vício formal de ordem processual aqui defendida não escapa da crítica procedente quanto à dificuldade semântica em identificar os elementos nucleares do que se pode entender por *prejuízo*, o que confere azo ao *dicisionismo* e à plasticidade dos atos processuais, enfim, abre espaço para a aplicação do preceito da instrumentalidade das formas. Até porque, salienta Ricardo Jacobsen¹⁶⁰, etimologicamente, a expressão *prejuízo* possui dois significados importantes, quais sejam, preconceito ou pré-julgamento e dano, o que possibilita a manipulação conceitual, a ponto de gerar o reconhecimento de nulidades ao *sabor da vontade do julgador*.

Em resumo, o princípio da devido processo legal permeia toda a persecução penal, compreendendo a investigação e o processo de conhecimento e da execução da pena. O interessante é que, inicialmente, o fenômeno da *processualização* da persecução criminal se fez sentir apenas quanto ao processo de conhecimento, persistindo a investigação e a execução penal como meras atividades administrativas. Ainda no Século XIX, houve a preocupação em processualizar, igualmente, a execução penal, com a atribuição ao juiz da missão de controlar e fiscalizar o cumprimento da sanção imposta, notadamente da pena de prisão. Posteriormente, a jurisdicionalização se estendeu para a fase investigatória, com a criação do instituto do juiz das

¹⁵⁹ **Direito processual penal**, p. 693.

¹⁶⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades do processo penal**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 3944.

garantias, sendo complementado, assim, o que se pode denominar *ciclo completo* do devido processo legal na seara criminal.

No Brasil, a efetiva processualização da fase da execução só seu deu a partir da edição da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984¹⁶¹. Por sua vez, quanto à fase investigatória, conquanto o processo de jurisdicionalização tenha como *take off* a Constituição de 1988, mediante a atribuição ao juiz da missão de analisar para fins de decisão os pedidos de diligências que importam na flexibilização de direito fundamental, a consolidação do ciclo completo do devido processo legal em nosso meio somente será operada com a introdução da figura do juiz das garantias, assunto tratado no item 9.3.2.4.2, infra.

4.2.2. Princípio da presunção de inocência e princípio da presunção de não culpabilidade

No livro dos *Delitos e das penas*, editado em 1764, Beccaria lançou as bases do princípio da presunção de inocência, ao sentenciar que “Não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, senão quando tenha decidido que ele violou os pactos segundo os quais aquela proteção lhe foi outorgada”¹⁶². Mais tarde, em 1776, na *Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia*, constou a garantia de “Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte, o réu tem direito... de ser julgado com presteza por um júri imparcial..., o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros...”. Seguindo essa orientação, na declaração de direitos fundamentais enxertada à Constituição americana, mais precisamente na Quinta Emenda, está dito que “Ninguém será levado a responder por um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um Grande Júri...”¹⁶³

Até aí, nenhum ato normativo tinha mencionado a expressão *presunção de inocência*, competindo à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fazê-lo, ao deixar consignado, no seu item IX, que “... todo homem deve ser presumido inocente até que declarado culpado...” Seguindo essa orientação, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948, realçou, no art. 11, 1, que “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. Por fim, o Pacto de São José da Costa Rica, explicitou essa garantia universal, ao deixar plasmado, no art. 8º, 2, primeira parte, que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Como se vê, os textos internacionais, ao tempo em que consagram a presunção de inocência como cláusula fundamental na arquitetura de todo e qualquer sistema normativo, estabelecem um marco normativo para a sua flexibilização: enquanto não houver, conforme o devido processo legal, a declaração da culpa pelo juiz.

¹⁶¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Execução penal no sistema penitenciário federal**, Natal: Owl, 2019, p. 49. De fato, diante da situação caótica nas prisões, “... a Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI constituída em 1975 pela Câmara dos Deputados, evidenciou que as normas insertas no Código de Processo Penal não se ocuparam de desenhar o sistema penitenciário brasileiro, na medida em que o legislador daquele diploma legal tinha se contentado em estabelecer normas incipientes sobre alguns incidentes na execução penal. Na oportunidade, o então Deputado Ibrahim Ai-Ackel advertiu que a execução da pena era realizada sem o controle jurisdicional, para arrematar que “... a proteção dos direitos do recluso, não alcançados pela sentença condenatória, está a exigir a elaboração de lei ordinária de força dogmática e eficácia jurisdicional” (Ibid.).

¹⁶² Ibid., p. 55. A palavra *réu*, utilizada por Beccaria, certamente se confunde com a figura de condenado.

¹⁶³ No original: “No person shall be held to answer for a capital, or other wise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury” Na tradução feita por Comparato: “Ninguém será considerado réu de um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia de um júri de acusação (grand jury)” (Op. cit., p. 108).

O tratamento normativo conferido pelas declarações internacionais, mais do que ser uma escolha política para fins de delimitação do alcance ou limite da garantia, obedece a um imperativo lógico. Ora, ao julgar o processo, o juiz ou o júri, necessariamente, tem de fazer um juízo que implica em absolver, reconhecendo ou não a inocência, que é presumida, ou em condenar, reconhecendo a culpabilidade, que precisa ser provada.

Sem tirar nem pôr, a decisão que condena alguém pela prática do crime, seja no Brasil ou onde quer que seja, emite uma declaração de culpa. Em outras palavras, a despeito da presunção de inocência, com suporte nas provas constantes dos autos, com a condenação se *considera a pessoa culpada*. O juiz não pode condenar quem quer que seja, *considerando-o inocente*. O juiz só pode condenar se considerar o acusado culpado.

Em síntese, diga-se, com ênfase: o juiz, ao condenar, faz *juízo de culpabilidade*.

Se no cenário internacional o princípio da presunção de inocência é consagrado desde as primeiras declarações dos direitos do homem¹⁶⁴, no nosso sistema jurídico, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse preceito somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal (STF, HC 67707-0/RS. Rel. Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, j. em 07/11/80, DJ de 14/08/92, p. 12.225).

Ainda assim, em verdade, tal como redigido, é lícito afirmar que o Código de Processo Penal foi elaborado tendo como pano de fundo a *presunção de culpa*. Aqui não vai nenhuma aleivosia. Nesse passo, impõe-se a advertência de Ferrajoli¹⁶⁵, ao afirmar que o Código Rocco de 1930 – esse mesmo que foi fonte de inspiração do atual CPP – repeliu a presunção de inocência, de modo que o preceito só foi restabelecido pela Constituição atual, sob a forma de presunção de não culpabilidade. A despeito dessa constatação, a leitura atenta de vários artigos do CPP descortina essa realidade.

Veja-se o que dispunha o então art. 186 do CPP, antes de revogado pela Lei nº 10.792, de 2003. Lá estava dito que, embora não estivesse obrigado a responder às perguntas formuladas, o silêncio do acusado poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Além de conceber o *silêncio* como um *ônus* e não um *direito*, ao autorizar o juiz a fundamentar o juízo de culpabilidade na circunstância de o acusado ter preferido ficar calado, claramente era permitido que se presumisse a culpa. Por isso mesmo, para adaptar o CPP ao princípio da não culpabilidade, houve a revogação do texto anterior e ficou ressaltado que “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (art. 186, parágrafo único).

Isso sem falar que era efeito da sentença condenatória não apenas ter o condão de lançar o nome do acusado no rol dos culpados como, igualmente, determinar o seu recolhimento à prisão, nos termos da dicção normativa do revogado art. 393, caput e incisos I e II, do CPP. E para escancarar de vez esse viés do código basta lembrar que, ademais da previsão da chamada *prisão preventiva obrigatória*, mesmo no caso de sentença absolutória, sendo o máximo da pena estabelecida igual ou superior a 8 (oito) anos, o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público tinha o condão de impedir que o acusado fosse colocado em liberdade (art. 569, caput, do CPP, na redação originária).

Portanto, a consagração desse princípio dentre os direitos fundamentais é uma das inovações da Constituição de 1988, o que tem a propriedade de promover profunda alteração em nosso sistema. Consoante a redação do art. 5º, LVII, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Parte dos doutrinadores identifica, aí, a chancela do que se convencionou chamar de princípio da *presunção de inocência*; outros acreditam que, em verdade, o dispositivo constitucional anuncia o princípio da *presunção de não culpabilidade*.

¹⁶⁴ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada em 1948 pela ONU, a Convenção do Conselho da Europa e o Pacto de São José da Costa Rica falam, expressamente, no princípio da presunção de inocência.

¹⁶⁵ **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2002, p. 440.

Aliás, a dicção normativa eleita para o princípio pelo constituinte brasileiro é praticamente a mesma utilizada na Constituição italiana, circunstância que evidencia não só sua fonte inspiradora, como também que o constituinte brasileiro foi fortemente influenciado pelas disposições da Constituição portuguesa¹⁶⁶.

A escolha do constituinte brasileiro merece aplausos, pois, em verdade, nenhum país adota propriamente o princípio da inocência, porque isto inviabilizaria por completo o sistema processual, especialmente quanto às medidas de natureza cautelar. Se presunção de inocência houvesse durante todo o transcurso do processo, sem nenhuma flexibilização, no desiderato de respeitar a essência dessa cláusula, para o recebimento da ação penal, por exemplo, haveria a necessidade de que a prova quanto à participação do agente fosse idêntica àquela que dá a certeza material da culpabilidade.

De toda sorte, tendo em consideração o diálogo da ordem jurídica nacional com o Direito Comparado e, especialmente, com as declarações internacionais, a conclusão é de que, para todos os efeitos, sem embargo da nomenclatura empregada ou preferida pelo constituinte brasileiro, o nosso sistema adota o princípio da presunção de inocência, que se apresenta mais abrangente do que o da presunção de não culpabilidade, sendo este apenas uma das espécies daquele.

Em síntese, temos a presunção de inocência como gênero, do qual são espécies a *presunção de inocência stricto sensu* e a *presunção de não culpabilidade*. A par dessa consideração, cabe notar que os dois princípios cuidam de *regra de tratamento* a ser conferido ao investigado ou acusado. Não se tratam de preceitos que *regulam a prisão*. O princípio constitucional que estabelece a diretriz sobre a prisão é o inciso LXI do art. 5º da Constituição (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”).

Sem querer aqui apresentar uma visão reducionista do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, não se pode deixar de perceber que um dos reflexos mais contundentes desse princípio incide sobre a questão da prova, conferindo validade ao princípio do *favor rei* (*favor innocentiae* ou *favor libertatis*) ou do *in dubio pro reo*¹⁶⁷. A doutrina e a jurisprudência reconhecem que esse princípio declarado na Constituição tem o condão de estabelecer que as prisões processuais possuem natureza cautelar e, como se verá mais adiante, permite também que se privilegie o *status libertatis* do acusado no embate que ele trava, durante a relação processual, com o *jus persecuendi* exercido pelo Ministério Público em nome da sociedade, como forma de estabelecer a *equivalência de armas* na arena do processo, tendo em conta o gigantismo do Estado em relação ao agente objeto da persecução criminal.

Em outra leitura, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade sinaliza que, para a condenação do acusado, a justificativa deve repousar em uma *verdade material* – ou indene de dúvida razoável –, e não apenas *formal*, pois, na dúvida, a decisão deve ser em prol do inculpatado. Como decorrência dessa cláusula, para que seja autorizada decisão contrária ao acusado, seria exigido do juiz o apoio em provas inquebrantáveis, dissipando eventuais dúvidas quanto ao acerto da posição adotada. Os argumentos apresentados quanto à incongruência de um princípio da inocência residem, justamente, no fato de o sistema processual permitir a adoção de várias providências de ordem criminal contra uma pessoa, sem que contra ela se tenha, ou mesmo seja exigida, a certeza de sua culpabilidade.

¹⁶⁶ Essa origem direta do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988 foi logo revelada pelo então juiz Wálter Fanganiello Maierovitch Presunção de não culpabilidade. In: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, n. 126, p. 96.

¹⁶⁷ O Ministro Celso de Mello, em voto dado na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que o princípio é o da *não culpabilidade*, embora não afaste outros reflexos que dele decorrem, arremata que o seu “... domínio de incidência mais expressivo é o da disciplina da prova”. (**Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**, p. 219).

Note-se que, conquanto se exija um suporte probatório mínimo para que, pelo menos, seja instaurado um inquérito policial¹⁶⁸ ou processo criminal contra alguém, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal sanável por via do habeas corpus, em nenhum momento se garante à pessoa que ela somente poderá ser *indiciada ou acusada* caso se tenha prova de sua culpabilidade. Pelo contrário, a própria legislação entende que é suficiente, para que a pessoa seja indiciada ou denunciada, a existência de culpa sumária ou suporte probatório mínimo. A garantia que a pessoa tem se resume em não ser molestada na esfera jurídica de sua liberdade, honra e imagem sem que haja ao menos provas de que o fato ocorreu e indícios de que ela seja a responsável.

Por isso mesmo, a autoridade policial, ao fazer o indiciamento, não parte de nenhum juízo de certeza quanto à culpabilidade, do mesmo modo como procede o Ministério Público quando do oferecimento da denúncia. Para esses dois atores do sistema criminal, bastam a materialidade e indícios de autoria, o que significa dizer que, mesmo não tendo *certeza da culpabilidade*, eles devem levar adiante a *persecutio criminis*, assim como ocorre, até mesmo, em relação ao magistrado, quando chamado, em vários momentos antes do julgamento do processo, a decidir diversas questões. Aliás, em muitas passagens do processo o juiz é autorizado a decidir contra os interesses do acusado com suporte apenas na materialidade e nos indícios de autoria, como sucede quando do recebimento da ação penal e da decretação de medidas cautelares as mais diversas.

Em resumo, a autoridade policial, com base na materialidade e nos indícios de autoria, pode e deve, por ato fundamentado, indiciar o agente no inquérito policial. De igual modo, caso o Ministério Público concorde com o indiciamento, ele deve oferecer a denúncia com suporte nesses mesmos elementos, assim como o juiz, com apoio neles, deve admitir a ação penal.

Em nenhum desses casos, é certo, está havendo a aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade, pois para indiciar, oferecer a ação penal ou admiti-la não se exige que haja certeza da culpabilidade, sendo suficientes meros indícios de autoria. Se nesses momentos fosse aplicável o princípio da presunção de não culpabilidade, fosse para indiciar, acusar ou receber a ação penal, seria necessário que houvesse prova suficiente da culpa do acusado, o que, como se sabe, não se há de exigir.

Não é adequado se dizer que, devido à exigência de culpa sumária para que alguém seja indiciado na esfera policial ou denunciado perante o juízo e mesmo para que o juiz admita a ação penal, vigora nessas oportunidades o princípio da presunção de não culpabilidade, preceito que, conforme *communis opinio doctorum*, em *ultima ratio*, quer dizer que, presente dúvida razoável, o exegeta deva alvitar a solução mais favorável ao agente a quem imputada a prática do ilícito. O que se quer evidenciar é que, nesses casos, o nome técnico correto do princípio é o da *presunção de inocência*, até porque a presunção de não culpabilidade somente vigora, em toda a sua essência, quando o juiz, com o seu pronunciamento, puder proferir uma decisão no sentido de condenar o acusado.

Pode-se asseverar peremptoriamente que, quando o magistrado analisa um pedido principal ou incidental que não pode importar em conclusão quanto à culpabilidade do agente, o princípio que rege o assunto não é o da presunção de não culpabilidade, mas sim o da presunção de inocência. Essa situação fica patente no exame da decisão a ser proferida pelo juiz nos termos do art. 397 do CPP, em que, na dúvida, o juiz não deve prolatar a sentença de absolvição sumária.

Alguns doutrinadores sustentam que na hipótese art. 397 do CPP o princípio aplicável é o do *in dubio pro societate*. Já defendemos essa posição. No entanto, no nosso sentir, esse entendimento emerge do erro em não se fazer a necessária distinção entre os princípios da presunção de inocência e o da presunção de não culpabilidade. O princípio que rege o momento processual do art. 397 do CPP é o da *presunção de inocência no sentido estrito*, o qual significa apenas que, como o juiz nessa oportunidade não faz juízo de culpabilidade, para que a decisão seja

¹⁶⁸ É importante ter presente a diferença entre instaurar inquérito e proceder ao indiciamento. Não raro, a autoridade policial instaura o inquérito sabendo, apenas, que ocorreu o ilícito, não tendo, em alguns casos, sequer um suspeito. Assim, em obediência ao princípio da obrigatoriedade, com base apenas na notícia de que um crime pode ter ocorrido, a autoridade policial instaura o inquérito. Todavia, para indiciar alguém ela precisa reunir não apenas provas de que o crime ocorreu, como também indícios de que aquela pessoa perpetrar o ilícito.

desfavorável ao acusado se mostra bastante a existência de prova da materialidade do crime e de indícios da autoria¹⁶⁹.

4.2.3. Princípio acusatório

Na época do Estado absoluto, a persecução penal — mero ritual — era deduzida sem o conhecimento de *regras* ou *limites*, circunstância que conferia azo à prática de toda sorte de arbitrariedades, como julgamentos secretos, negativa do direito de defesa, aplicação da tortura e de penas cruéis e infamantes. Esse absolutismo estatal, na seara punitivista, se escorava nas correntes de pensamento forjadas sob a batuta do *pensamento natural ou primitivo*, e das *concepções religiosa e política*. Para todos os efeitos, o surgimento da ciência criminal somente se deu a partir da segunda metade do Século XVIII, sob a orientação do pensamento filosófico-liberal plasmado na obra *Dos delitos e das penas*, da autoria de Cesare Beccaria¹⁷⁰.

A *ideia central* de Beccaria era a *processualização* do direito de punir como instrumento indispensável para limitar a persecução criminal, doutrina que influenciou, na área criminal, a declaração de direitos fundamentais na Constituição americana, enxertados mediante as primeiras emendas que lhe foram incorporadas, e, ainda nessa seara, a declaração de direitos da revolução francesa.

Esse viés liberal foi *desconstruído* pela *Escola Positiva*, que surgiu na primeira metade do Século XIX¹⁷¹ com a pretensão de mudar o foco de preocupação do Direito criminal e privilegiar, na relação processual penal, a posição do Estado. A razão de ser do processo criminal não seria mais a garantia dos direitos do acusado, mas a *defesa social*, i. é, defender o estado¹⁷². Esse discurso jurídico punitivista foi radicalizado por *Escolas Neopositivistas*.

Ao sabor dessas correntes de pensamento, passaram a ser conhecidos 3 (três) modelos ou sistemas processuais criminais, decorrendo de cada um deles princípios que lhes são inerentes: o *acusatório*, o *inquisitivo* e o *misto*. Cronologicamente, o primeiro foi o sistema acusatório, que predominou aproximadamente até o Século XII. A partir daí, foi sendo substituído pelo *sistema inquisitivo*, o qual vigorou absoluto por longo tempo, especialmente na Europa continental, até o Século XVIII, sendo que em alguns países se estendeu até parte do Século XIX. Esse sistema inquisitório foi fomentado pelas ideias consagradas pela Escola Positiva, que detinha um viés punitivista, exigindo do juiz uma postura mais rigorosa no tratamento da criminalidade, tendo como norte efetivar a *defesa social*. Sob os influxos das ideias da Escola Positiva, o foco do direito criminal não era a pessoa do acusado, mas, sim, a figura do Estado.

Com o passar do tempo, o inquisitivo foi sendo azeitado com as ideias do *sistema acusatório*, fazendo exsurgir o denominado *sistema misto*, adotado pelos países da família do *civil law*. Após a Segunda Guerra Mundial, com o segundo movimento de redemocratização e de reafirmação dos direitos essenciais à condição humana, surgiu nova visão criminal, na qual os direitos fundamentais passaram a ser a espinha dorsal do ordenamento jurídico, fomentando amplo movimento de retorno ao sistema acusatório.

A par disso, como uma derivação do sistema acusatório, foi concebido o denominado *sistema adversarial*, forjado no ambiente dos países da família do *common law*, no qual há uma ampla margem de negociação entre as partes, permitindo a solução do *problema penal* de forma *consensuada*. No adversarial, as partes, Ministério Público e acusado, por meio da defesa, podem negociar várias formas de solução do processo, com assunção de culpa (*plea guilty*) e aplicação de pena consensuada. É um modelo no qual há amplo espaço para a realização da chamada *justiça*

¹⁶⁹ Cf. item 5.1.7, *infra*.

¹⁷⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

¹⁷¹ Cf. LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

¹⁷² FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Tradução Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 67.

consensual ou *autocompositiva*, alternativa à *justiça heterocompositiva*, *imposta* ou *conflitual*.

Em linhas gerais, no regime inquisitivo, o processo tem início sem a necessidade de provocação por parte de pessoa distinta do juiz e não há a *separação orgânica* entre o *órgão acusador* e o *órgão julgador*¹⁷³. Esse sistema guardava identidade com a época do *Estado absoluto* ou *absolutista*, no qual, como se viu, não havia processo propriamente dito, mas apenas um ritual, de modo que a persecução criminal não se baseava em regras pertinentes ao devido processo legal. O sistema inquisitivo dominava a Europa continental, com exceção apenas da Inglaterra, que adotava o julgamento pelo tribunal do júri, com o que se assegurava não apenas a publicidade e o direito de defesa, mas também a separação entre quem acusava e aquele que se encarregava de julgar. Logo após a Revolução Francesa, a França passou a adotar o sistema misto, o que refletiu em praticamente toda a Europa.

Em síntese, temos dois grandes sistemas ou modelos de processos criminais, o inquisitivo temperado ou misto e o acusatório, dado que nenhum país dado como democrático tem como adotar um genuíno sistema inquisitivo.

No sistema misto ou inquisitivo temperado, conquanto de regra a iniciativa do processo seja atribuída a quem conferida a legitimidade para a propositura da ação, em alguns casos, o juiz tem uma função ativa no processo tendo em mira descobrir uma *verdade* que se quer e acredita ser *real*, sendo-lhe atribuídas diversas funções que são atípicas à atividade judicante, notadamente quanto à busca da comprovação do que alegado pelo Ministério Público, conferindo, assim, tratamento privilegiado ao Ministério Público, considerado como uma espécie de *juiz de pé*. Foi o sistema adotado na concepção do atual Código de Processo Penal. Juiz e Ministério Público agem de forma conjunta e ordenada no propósito de comprovar a apuração levada a efeito na fase investigatória, atuando juntos como se irmãos siameses fossem,

Essas características do sistema misto animam Aury Lopes Jr. a defender a tese de que o conceito de *sistema misto* é um reducionismo *ilusório* (*e ineficiente*). Ele diz, com respaldo em Binder, que a afirmativa de que o nosso sistema é o *acusatório formal* é o mesmo que falar em *inquisitivo* dos dias atuais, com a participação do Ministério Público. Por isso mesmo, arremata, com ênfase: “Nós preferimos fugir da maquiagem conceitual, para afirmar que o modelo brasileiro é (neo)inquisitório, para não induzir ninguém em erro”¹⁷⁴. Nessa mesma linha de pensamento, se o sistema adotado na redação originária foi o misto, afirmamos que foi um sistema misto com *forte sotaque inquisitivo*.

O sistema acusatório, por sua vez, é aquele em que a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinhem com a equidistância a ser tomada quanto aos interesses das partes, não lhe cabendo a *gestão da prova*, muito menos ainda auxiliar o Ministério Público na pretensão acusatória. Não pode complementar a obra ministerial, a pretexto de *combater* a criminalidade. Juiz, no modelo acusatório, não *combate* ou *luta* contra a criminalidade. Apenas julga os processos tendo em conta a pretensão acusatória exercitada pelo Ministério Público apoiada nas provas por ele produzidas, e os argumentos e provas apresentadas pela defesa.

Beccaria, tendo concentrado o seu pensamento na ideia de estabelecer limites ao poder de punir do Estado, lançou a pedra fundamental para a construção do sistema acusatório, ao dizer que o soberano não pode reunir, em suas mãos, o poder de *acusar e julgar*, sendo “... necessário, portanto, que um terceiro julgue a verdade do fato”¹⁷⁵. Nota-se, portanto, que o sistema acusatório surgiu como consequência natural do devido processo legal, diante da necessidade de separar aquele que deduz a pretensão acusatória daquele que deve julgar o caso e, após um período de

¹⁷³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 73.

¹⁷⁴ **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.

¹⁷⁵ **Dos delitos e das penas**, p. 40. Como já foi dito, Beccaria construiu o seu pensamento com base na teoria do contrato social de Rousseau, de modo que, para ele, o crime era a violação do pacto firmado entre as pessoas que compõem a sociedade.

retrocesso com o avanço de ideias forjadas pela Escola Positiva e Neopositivas¹⁷⁶, ressurgiu em intensidade globalizante com o neoconstitucionalismo.

Acompanhando a primeira parte do raciocínio acima, José Frederico Marques, acertadamente, lança a afirmação de que “A processualização da justiça penal é corolário lógico do sistema acusatório”, sedimentação do brocardo *ne procedat iudex ex officio* foi o avanço que fez exsurgir os três sujeitos principais da relação processual (juiz, autor e réu).

Malgrado a Constituição de 1988 não tenha feito como o constituinte português, pelo menos de forma implícita acolheu o sistema acusatório, até porque este é o único que se pauta em consonância com o modelo de Estado democrático¹⁷⁷. Com efeito, a interpretação sistemática da Constituição de 1988 conduz à conclusão de que o princípio acusatório está imanente no nosso ordenamento jurídico, a partir do momento em que, com a redação do art. 129, inciso I, da Constituição, tornou privativa do Ministério Público a propositura das ações penais de iniciativa pública¹⁷⁸. Isso teve o condão de realçar que agora, sob nenhuma hipótese, pode ter início o processo criminal pelo magistrado sem que antes haja a devida provocação por quem detém a legitimidade para fazê-la, ficando vedado, dessa forma, o procedimento de ofício¹⁷⁹. Sem embargo de a Constituição ter explicitado o sistema acusatório no art. 129, I, esse modelo restou reforçado, na medida em que nela não se atribuiu ao Poder Judiciário função estranha à atividade judicante.

Alguns doutrinadores refutam a tese de que o Ministério Público é parte no processo penal, uma vez que não há *igualdad de tareas e igualdad de medios* (“*igualdad de armas*”) *com la parte contraria (defensor y acusado)*¹⁸⁰, na medida em que o Ministério Público possui outras atribuições, dentre as quais postular em prol do próprio acusado, se assim for o correto¹⁸¹. Nessa perspectiva, Baumann¹⁸² põe em dúvida se é oportuno defender essa posição, porquanto “*Um mero papel de parte y la situación psicológica procesal correspondiente (el ministerio público como adversário del imputado: situación de duelo) podrían perjudicar considerablemente al imputado em la distinta distribución de los medios coercitivos.*”

De toda sorte, quando se defende que o Ministério Público é parte no processo penal não se pretende, com isso, dizer que seja transformado em genuíno *órgão acusador*. Pelo contrário, mesmo na qualidade de parte, a justificativa para a titularidade da ação recair em órgão estatal dotado de independência funcional é para que os interesses legítimos da sociedade sejam defendidos, o que compreende o pedido de absolvição ou outros pronunciamentos em favor do acusado.

Até porque, consoante arguta observação feita por Carrara, pedir a condenação de um inocente é dupla injustiça, na medida em que pode ser punido quem não deve, ao passo que se deixa impune o verdadeiro culpado¹⁸³. De mais a mais, ainda que o acusado seja culpado, a atuação

¹⁷⁶ No segundo quartel do Século XIX, ganhou fôlego o movimento tendente à extinção do sistema inquisitivo na fase instrutória, com a eliminação do sistema misto e a edificação, em seu lugar, do sistema acusatório. (Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, p. 81-87).

¹⁷⁷ O sistema processual penal chileno era inquisitivo, até a implantação do processo de democratização, cujo marco regulatório é a Lei de Reforma Constitucional nº 19.519, publicada em 16 de setembro de 1997. O Ministério Público só veio a ser criado pela Lei 19.640, de 1999 (Lei Orgânica Constitucional do Ministério Público). (LENNON, Maria Ines Horvitz; MASLE, Julian Lopez. **Derecho procesal penal chileno**: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 28.

¹⁷⁸ Na sistemática do processo criminal, a forma inquisitiva somente era admissível nos crimes que desafiavam ação penal de iniciativa pública. Por conseguinte, ao dizer que, nas ações penais de iniciativa pública, a função acusatória é privativa do Ministério Público, o constituinte suprimiu a possibilidade de a autoridade policial ou o juiz, em qualquer hipótese, dar início ao processo.

¹⁷⁹ Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, p. 73; MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**, p. 571. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 197.

¹⁸⁰ BAUMANN, Jürgen. **Derecho procesal penal**: conceptos fundamentales y principios procesales. Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 22.

¹⁸¹ Na Reforma Tópica do processo penal tem-se utilizado, expressamente, a expressão *partes* para se referir não apenas à defesa, mas ao querelante, ao assistente, se houver, e, ainda, ao Ministério Público.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ **Programa do curso de direito criminal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002, 2v., p. 292-293.

do Ministério Público deve ser no sentido de que seja aplicada a melhor solução jurídica, o que pode ser, a depender da hipótese, a transação, suspensão do processo, acordo de não persecução penal ou substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos etc.

O pensamento de que o processo criminal não comporta lide, ainda que uma *lide penal* ou uma pretensão resistida, é resquício do sistema inquisitivo, no qual não havia, propriamente, o devido processo legal, pois não se imaginava poder dizer-se que alguém tinha o direito de colocar resistência ao desempenho de uma atividade necessária e fundamental, como é o exercício do dever-poder da *persecutio criminal* em relação àquele que praticou ações ilícitas. Em verdade, na relação processual penal se verifica um conflito de direitos fundamentais – na perspectiva objetiva, o dever de proteção eficiente do Estado, conforme o art. 144, caput, da Constituição; na subjetiva, o respeito às garantias previstas em prol do acusado.

Observe-se, assim, que a ação penal é um direito do Ministério Público, mas um dever, até porque a persecução penal não lhe pertence. Como todo e qualquer órgão estatal de um regime estatal, o Ministério Público age em nome de quem é o verdadeiro detentor do poder, de modo que quando atua não passa de seu intérprete, ou melhor, defende um interesse que é da sociedade. Por isso mesmo, a ação penal é uma espécie de *class action*, pois a ação penal é deduzida em representação aos interesses da sociedade.

No sistema inquisitivo e mesmo no misto, a pretensão acusatória recebia tratamento privilegiado em detrimento do direito de defesa, razão pela qual o Ministério Público detinha posição de destaque no processo criminal, no sentido de receber homenagens como se fora uma espécie de magistrado.

Quanto à postura do Ministério Público no processo criminal, os resquícios do sistema misto são revelados, até mesmo, em situações que parecem apenas simbólicas, como é o caso da posição que ele deve ocupar nas audiências¹⁸⁴. Em razão de dispositivos da lei orgânica dos Ministérios Públicos federal e estaduais, eles têm a prerrogativa funcional de sentar à direita do juiz ou do presidente do órgão judicial colegiado, o que resulta em uma imagem de superioridade quanto à defesa do acusado, que não fica sentado na mesma bancada do juiz.

De acordo com o sistema acusatório, no qual o Ministério Público é parte e não tem posição de destaque em relação à defesa do acusado, autor e réu devem sentar-se à mesa de audiência da mesma forma como se faz no processo civil. Até porque a audiência deve retratar a figura triangular que representa graficamente a relação processual, de modo que o juiz deve ficar equidistante das partes, no vértice do triângulo, enquanto estas devem ocupar, na mesma linha, cada uma um dos dois lados opostos.

A par dos resquícios simbólicos, há outros que decorrem especialmente da forma como foram estabelecidos os deveres do juiz. Ora, se no sistema misto, então concebido pelo Código de Processo Penal, o juiz, em alguns casos, podia, até mesmo, dar início ao processo em substituição ao Ministério Público, como decorrência natural dessa forma de processo, várias outras atribuições lhe foram passadas que são mais próprias do autor da ação. É o que ocorre, v. g., com a atribuição outorgada ao juiz pelo art. 5º, II, do CPP, de representar à autoridade policial a instauração de inquérito policial¹⁸⁵. Mediante a requisição, o juiz determina que a autoridade policial instaure o inquérito que, depois, servirá de base para o ajuizamento da ação penal, a qual poderá ser julgada pelo próprio magistrado.

Essa forma de proceder não se coaduna com o sistema acusatório, cuja regra é deixar a

¹⁸⁴ Quanto aos membros do Ministério Público estadual, a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 41, XI, estatui como prerrogativa institucional: “tomar assento à direita dos juizes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma. Em relação ao Ministério Público Federal, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, é mais incisiva: “sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juizes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem” (art. 18, I, a).

¹⁸⁵ Dentre outras hipóteses, Afrânio Silva Jardim identifica o art. 5º, II, do Código de Processo Penal como resquício do inquisitorialismo e acredita que “... a provável legislação processual penal varrerá de nossa ordem jurídica tais indesejáveis dispositivos, preservando o Juiz destas funções anômalas, porque persecutórias.” (**Direito Processual Penal**: estudos e pareceres, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 87). No Projeto de Lei nº 4.209, de 2001, que trata da investigação criminal, no caput do art. 4º, não fala mais em instauração do inquérito por meio de requisição do juiz.

iniciativa da persecução criminal com quem tem a legitimidade para a propositura da ação, como forma de resguardar a neutralidade do órgão julgador¹⁸⁶. A tendência do sistema acusatório "... é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória"¹⁸⁷, de modo que ao juiz não deve ser dada iniciativa que provoque, mesmo indiretamente, a sua própria jurisdição¹⁸⁸.

Outro resquício muito claro do sistema misto com forte sotaque inquisitivo é a previsão contida no art. 28 do Ordenamento Processual Penal, que foi objeto de exame no item 5.A.5, supra. Em face da adoção do sistema acusatório puro, em que não é admissível a existência de processo sem ação penal, seja ela pública ou privada, o art. 28 do CPP se encontra revogado, não mais podendo ser aplicado, pois aqui a provocação da persecução criminal pelo juiz não é apenas indireta, mas direta mesmo. Sob essa ótica, o art. 28 do Código de Processo Penal representa reminiscência do sistema inquisitivo, presente em nosso ordenamento processual até a instauração da nova ordem constitucional, ocorrida com a promulgação da Lei Maior de 1988¹⁸⁹. O legislador da Lei nº 13.964, de 2019, cuidou de adequar o conteúdo do art. 28 ao sistema acusatório, atribuindo a missão do arquivamento ao Ministério Público, porém, conforme tratado no item 5.A.5.4, essa alteração está suspensa, em razão da liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux.

Há outro dispositivo que é um evidente corolário lógico do sistema inquisitivo. Trata-se do art. 385 do Código de Processo Penal, o qual expõe que, "Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição..." Ora, um ordenamento jurídico processual penal arquitetado sob a orientação do sistema acusatório, tem como norte que cabe ao Ministério Público o exercício da ação penal, o qual é parte e deve ser tratado como tal, sendo da alçada do juiz o julgamento da causa tal como se dá a manifestação da pretensão acusatória. Se o Ministério Público, que é o *dominus litis*, pede a absolvição, como o juiz, em um processo penal concebido no modelo acusatório puro, pode proferir sentença condenatória? Isso só é possível em um sistema misto, como muito propriamente observou Basileu Garcia, em comentário à regra jurídica aqui em foco¹⁹⁰. Porém, infelizmente, o art. 385 do Código de Processo Penal não foi objeto da atenção da Comissão de Reforma ou, pelo menos, não foi objeto das propostas de reforma.

De qualquer sorte, ainda que se alvitre a possibilidade, em um sistema acusatório puro, sem conteúdo misto, que foi introduzido pela Constituição de 1988, de o juiz, nada obstante o pedido de absolvição do Ministério Público, proferir sentença condenatória, essa não é uma decisão natural e, ainda para quem entenda pela sua compatibilidade com o sistema acusatório, somente há de ser tomada em *situações teratológicas*.

Tendo em consideração essas ideias, a partir da Constituição em vigor, paulatinamente, ocorreram alterações no CPP, a fim de moldá-lo ao sistema acusatório, mediante a separação orgânica entre o juiz e o órgão acusador, reservando-se àquele a prática dos atos de cunho decisório e a este o papel de parte.

Mas não tem sido tarefa fácil desconstruir o modelo misto/inquisitivo, pois se trata de uma questão cultural. Ademais, para efetivamente alterar o modelo, imprescindível a edição de um novo

¹⁸⁶ **Direito Processual Penal**: estudos e pareceres, p. 196.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 196.

¹⁸⁸ *Ibid.* p. 197.

¹⁸⁹ Após a promulgação da nova Constituição, a doutrina, se não em consenso em sua ampla maioria, acompanhada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, entendeu como revogados os dispositivos de lei infraconstitucional que admitiam o início de processo criminal mediante portaria do juiz ou da autoridade policial.

¹⁹⁰ Basileu Garcia, escrevendo no distante ano de 1945, após ressaltar que o Código de Processo Penal é de fundo acusatório, explicou que "Não convinha, porém, que o tipo acusatório do processo excluísse inteiramente a iniciativa do juiz, cujo poder inquisitivo, temperado pela atividade das partes, submetidas ao princípio do contraditório, seria de vantagem estimular." (**Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. 3, p. 514) Com base na doutrina daquela época, arrematou o grande jurista: "Dilatando-se a margem de ação do magistrado, para que ele busque a verdade onde se encontra, quando sonegada no processo, e para que possa sentenciar com justiça, interpenetrou-se visceralmente, do sistema inquisitório, o nosso sistema acusatório, constituindo-se de modalidade mista, hoje predominante entre os povos." (*Ibid.*, p. 514-515) Se àquela época o que predominava era o sistema misto, agora, não é mais. O sistema que prevalece no Direito Comparado é o acusatório.

Código de Processo Penal, desejo acalentado desde os anos 1970¹⁹¹, pois a reforma tópica além de possibilitar a persistência de dispositivos incompatíveis com o sistema acusatório, a exemplo das regras evidenciadas acima, não tem a propriedade de apagara a estrutura inquisitiva do CPP de 1941.

De qualquer sorte, as reformas tópicas promovidas no Código de Processo Penal têm sido no sentido de sedimentar o sistema acusatório. A Lei nº 13.964, de 2019, que aprovou o chamado *Pacote Anticrime*, expressamente foi nessa direção, ao preceituar que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”¹⁹² e criar a figura do juiz das garantias.

Indo mais além, o legislador ordinário, mediante sucessivas reformas tópicas implementadas no Código de Processo Penal e em leis esparsas, ao tempo em que está transformando o sistema misto de então em outro, de verniz acusatório, vem incorporando institutos próprios do sistema adversarial estadunidense, a fim de possibilitar a negociação entre o Ministério Público e o acusado, por meio dos institutos da transação, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal.

4.2.4. Princípio da inviolabilidade da intimidade

A proteção à inviolabilidade da intimidade é um corolário lógico da cláusula que garante o respeito à dignidade da pessoa humana. No ponto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1958, no art. XII, não usa essa expressão, mas diz que “Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação”.

As Constituições brasileiras anteriores, desde a Carta Imperial de 1824, sempre deram guarida ao direito à intimidade. Porém, expressamente, ele somente foi previsto como direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência¹⁹³. A Carta de 1988, sublinhando o seu compromisso democrático, foi mais além e, sem se descurar de dar garantia à intimidade quanto à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, acrescentou um inciso especificamente para inscrever, dentre os direitos fundamentais, a *inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem* (art. 5º, X)¹⁹⁴.

A *intimidade*, por conseguinte, é objeto de diversas normas que procuram preservar o isolamento físico e mental da pessoa sozinha, em companhia de outrem e ou de sua família e, bem assim, das suas correspondências e comunicações de dados, telegráficas e telefônicas. Na proteção à intimidade é que estão inseridos o sigilo dos negócios pessoais¹⁹⁵, da movimentação bancária, situação fiscal e referente aos contatos telefônicos etc.

Por força da preservação constitucional à intimidade, não se admite que, para fins de investigação, sem consentimento da pessoa ou autorização judicial, a sua conversa seja gravada ou

¹⁹¹ O movimento reformista começou ainda em 1975, com um anteprojeto de autoria de José Frederico Marques, transformado no Projeto de Lei nº 1.655, de 1983, que chegou a ser aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984, mas não foi votado pelo Senado. O Projeto de Lei nº 156, de 2009, instituindo o novo Código de Processo Penal, foi aprovado na Câmara dos Deputados, porém, ainda não o foi pelo Senado.

¹⁹² Como se sabe, esse dispositivo está suspenso, devido à liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux.

¹⁹³ A garantia da livre manifestação do pensamento também faz parte da história constitucional do Brasil, sendo prevista como direito fundamental que garante a intimidade. De todo modo, a livre manifestação do pensamento não é, propriamente, uma garantia processual penal, daí por que não merece aqui ser esmiuçada.

¹⁹⁴ O novo Código Civil também trata do direito à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra. No caput do art. 20, ao dispor sobre os direitos da personalidade, o legislador falou do direito ao segredo, à própria voz e à imagem, tornando defesa a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem, quando atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

¹⁹⁵ Notícias jornalísticas têm revelado intensa discussão na Europa, principalmente na Inglaterra, se é legítimo exigir do empregado de empresa a submissão a exame de DNA, a fim de que seja feito o seu cadastro genético, uma vez que isso permite o conhecimento de uma gama profunda de informações sobre questões relativas às condições da saúde *passada, presente e futura*, além da predisposição, ou não, para a prática de determinadas ações.

a imagem filmada. Isso representa violação à esfera da intimidade, porquanto a pessoa, caso soubesse que estava tendo a fala gravada ou a imagem filmada, teria outro tipo de comportamento.

De toda maneira, para bem compreender a questão em comento, é preciso fazer a distinção entre *gravação clandestina para fins investigatórios*, que deve ser precedida de autorização judicial sob pena de ilicitude, daquela que é feita em locais públicos e privados como forma de dar segurança aos ambientes. Uma coisa é a autoridade policial sair, de posse de uma câmera, para fazer uma investigação criminal, com conseqüente monitoramento dos passos de uma determinada pessoa, e outra, substancialmente diferente, é a colocação de câmeras em vias públicas e prédios públicos e particulares, visando, com isso, exercer certa vigilância sobre o comportamento das pessoas nesses ambientes, adotando-se, aqui, em certa medida, a teoria do risco ou dos campos abertos¹⁹⁶.

Ainda no art. 5º, X, da Constituição, o constituinte chancelou a vida privada, que diz respeito ao ambiente familiar ou ao isolamento da pessoa quanto à ingerência de terceiros. Nota-se que o constituinte conferiu acentuado destaque à preservação da intimidade, pois, além de fazer com que constasse, expressamente, pela primeira vez, no texto constitucional, a garantia a esse direito, ainda se preocupou em fazer referência à tutela *da vida privada* e da imagem. A garantia da vida privada já constava, como foi dito linhas acima, do art. XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1958, e da Constituição portuguesa, no art. 32, 6.

A garantia da vida privada é uma variante do direito à intimidade. Tanto que o legislador constitucional achou por bem ressaltá-la, não se confundindo com a regra que garante a inviolabilidade do domicílio. A proteção ao domicílio, como se verá mais à frente, é contra a invasão física *intra muros*, ao passo que a garantia quanto à inviolabilidade da vida privada é mais elástica, pois contempla hipótese em que a intromissão pode ser de outra forma e mesmo fora dos limites da casa ou do ambiente fechado no qual a pessoa desenvolve as suas atividades. Assim, a filmagem à distância do ambiente fechado ao público, sem autorização judicial, é ilícita pois, conquanto não represente violação do domicílio tal como essa garantia está posta na Constituição, ela agride o direito fundamental consubstanciado na inviolabilidade da vida privada¹⁹⁷.

Em respeito à vida privada, a pessoa tem o direito ao sigilo de tudo aquilo que ela faz no seu meio, mas que, pelos mais diversos motivos, não quer que caia no domínio público. A regra é que o que faz parte da vida privada da pessoa somente pode ser revelado ou devassado para conhecimento de terceiros, caso ela própria resolva torná-lo público. Esses assuntos particulares podem estar sob o total controle da própria pessoa ou de outrem. As anotações feitas em um diário, por exemplo, são dados pessoais que pertencem à vida privada da pessoa, que estão sob o seu controle, não se admitindo que alguém, sem o devido consentimento, a eles tenha acesso, ainda que não tenha a intenção de revelar o conteúdo para outrem. Pouco importa que os registros estejam armazenados em um caderno ou em um computador. O mesmo se diga, por outro lado, em relação aos dados referentes às movimentações financeiras ou à declaração de rendimentos, que estão sob a tutela de terceiros, mas, em proteção à vida privada, estão protegidos pelo sigilo.

No ponto, o Superior Tribunal de Justiça, na edição nº 60 de sua jurisprudência em tese (Nulidades do processo penal), firmou o entendimento de que “19) São nulas as provas obtidas por meio da extração de dados e conversas privadas registradas em correio eletrônico e redes sociais (v.g. whatsapp e facebook) sem a prévia autorização judicial”.

Os chamados *dados cadastrais* que dizem respeito à qualificação pessoal, filiação e endereço, por exemplo, não se enquadra na esfera da intimidade, assunto tratado mais amiúde no item 5.A.5.2, *infra*, pois essa garantia constitucional não se confunde um *direito ao anonimato*. Há um dever social à identificação.

¹⁹⁶ Cf. itens 5.1.8.2.4.4 e 5.1.8.2.4.6, *infra*.

¹⁹⁷ Com suporte na interpretação da Constituição de 1967, Paulo José Júnior salientava que não caracteriza injúria à inviolabilidade do domicílio o avanço não consentido no espaço da residência com a utilização da tecnologia (**O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 77). Ainda que fosse acertada essa posição, agora, com a inserção do direito à vida privada dentre os direitos fundamentais, à evidência de que a prova assim produzida, sem a devida autorização judicial, tem-se por ilícita.

A outra dimensão da garantia da inviolabilidade da intimidade diz respeito à preservação do domicílio. Em verdade, a primeira preocupação quanto ao resguardo da intimidade se deu exatamente em relação à privacidade dentro do lar domiciliar, o que sempre foi assegurado em nosso meio. Com efeito, desde a Constituição Imperial de 1824 restou assegurada a privacidade das relações tratadas dentro do lar, com a seguinte redação: “Todo cidadão tem a sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a lei determinar” (art. 179, VII).

A Constituição de 1988, além de manter a tradição de trazer expressa a garantia da inviolabilidade do domicílio, teve preocupação maior com a técnica, assim se expressando: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (art. 5º, inciso XI, da Constituição).

Como se vê, quando se trata da inviolabilidade de domicílio, com exceção das hipóteses de flagrante delito, desastre e quando houver necessidade de prestação de socorro, a flexibilização da garantia constitucional só pode ocorrer por meio de decisão judicial fundamentada pode ser determinada a flexibilização¹⁹⁸. Antes, porém, o entendimento não era esse. Por isso mesmo, com esteio na dicção normativa do art. 153, § 10, da Constituição de 1967, o Código de Processo Penal, nos arts. 241 e 242, expressamente, conferia à autoridade policial¹⁹⁹ o poder de determinar a realização de busca domiciliar – o que importava em ingresso na casa independentemente do consentimento do morador –, chegando ao ponto de estabelecer que, quando ela própria cuidasse de realizar a diligência, não haveria, sequer, necessidade de levar consigo o respectivo mandado, a fim de apresentá-lo a quem estivesse no local. Agora, com a nova sistemática implementada pela Constituição de 1988, as duas normas jurídicas infraconstitucionais em foco, na parte em que elas permitiam a determinação da busca e apreensão domiciliar por decisão da autoridade policial, encontram-se derogadas.

Um detalhe a mais a esse respeito. Como não há direito fundamental absoluto, de regra, sempre é possível a flexibilização da garantia, ainda que não haja nenhuma ressalva no preceito constitucional. Se assim é, por que o constituinte pinçou que, salvo as hipóteses listadas, o ingresso na casa sem o consentimento do morador exige decisão judicial fundamentada?

O que o constituinte estabeleceu, com essa ressalva, foi a chamada cláusula de *reserva de jurisdição*¹⁸⁰⁸. Em outras palavras, o legislador conferiu uma garantia mais elástica para este tipo específico de direito fundamental, ao vedar, até mesmo, às comissões parlamentares de inquérito a possibilidade de determinar a sua flexibilização.

Por isso mesmo, a CPI não pode determinar a invasão domiciliar, uma vez que ela está grafada na Constituição com a cláusula de *reserva de jurisdição*. Só o juiz, por meio de decisão fundamentada, pode autorizar que se ingresse na casa, sem a autorização do morador. O art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, estabelece o requisito para a busca e apreensão a existência de *fundadas razões que autorizam* essa medida para o fim (a) prender criminosos; (b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; (c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; (d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; (e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; (f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; (g) apreender pessoas vítimas de crimes; ou (h) colher qualquer elemento de convicção. A busca e apreensão, assim, é um instrumento processual que tem como o escopo obter

¹⁹⁸ Celso Ribeiro Bastos, atento a essa peculiaridade, acompanhando o pensamento da doutrina e da jurisprudência, confirma que não mais existe a possibilidade de invasão domiciliar por ordem administrativa, tendo perdido a administração, em relação a essa questão, a *autoexecutoriedade*, “... mesmo em casos de medidas de ordem higiênica ou de profilaxia e combate às doenças infectocontagiosas” (**Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, p. 68).

¹⁹⁹ Quando no CPP o legislador usa a expressão *autoridade policial*, está se referindo ao delegado de polícia.

provas sobre a prática do crime e, ademais, se for o caso, impedir que o agente fique no usufruto do produto do ilícito e, ainda, devolver ao legítimo proprietário eventuais bens encontrados. A busca e apreensão, assim, é um instrumento processual que tem como escopo obter provas sobre a prática do crime e, ademais, se for o caso, impedir que o agente fique no usufruto do produto do ilícito, assim como, devolver ao legítimo proprietário eventuais bens encontrados.

Além da decisão, quem for cumpri-la deve estar munido do mandado de busca domiciliar, o qual terá de satisfazer os requisitos do art. 243 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade. O mandado deve conter, por conseguinte, não só a identificação da casa²⁰⁰, como o nome do proprietário ou morador, com especial destaque para os fins da diligência, mediante a especificação do que poderá ser arrecadado, caso seja encontrado por quem está executando a ordem judicial.

Via de regra, o juiz, ao fazer expedir o mandado de busca e apreensão, além de identificar, especificamente, um objeto ou documento a ser apreendido na diligência policial, como medida de cautela, de forma abrangente, esclarece que poderão ser arrecadados todos e quaisquer documentos, objetos ou coisas direta ou indiretamente relacionados com o ilícito em apuração. Aqui, como já se teve oportunidade de ressaltar²⁰¹, não se identifica nenhuma ilegalidade, até mesmo porque o Código de Processo Penal, ao impor os elementos que devem conter o mandado de busca e apreensão, sem embargo de ter sido incisivo no que se refere à necessidade de haver a rigorosa precisão quanto à casa e ao nome do respectivo morador, a respeito do que deve ser o objeto da diligência, coerentemente, estabeleceu que se deve particularizar, apenas, quais são os *seus fins* (art. 243, incisos I e II, do CPP)²⁰².

Ao contrário do que prega Adelaide Dinorá Grotti²⁰³, não se confunde com autorização judicial, para fins de flexibilização da inviolabilidade do domicílio, a decretação da prisão, com a consequente expedição do mandado para o seu cumprimento. Do mesmo modo, a expedição de mandado de busca e apreensão não dá poder para a prisão processual. Uma coisa é o juiz determinar a prisão de alguém, outra, totalmente diferente, é autorizar o policial a ter acesso ao interior de uma casa. Quando o magistrado decreta apenas a prisão e manda expedir o respectivo mandado, a ordem é para que, sendo ele encontrado, proceda-se ao seu recolhimento. Caso se queira permitir que a autoridade policial entre na casa para lá efetuar a prisão, o juiz tem, além de fundamentar a decretação da prisão, de justificar a flexibilização do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, naturalmente com a exposição dos motivos que o faz crer que se encontra refugiada no local a pessoa contra quem expedido o mandado²⁰⁴. Como dois são os direitos fundamentais – direito de liberdade física e à inviolabilidade do domicílio –, a flexibilização, por ordem judicial, tem de ser motivada em relação aos dois aspectos. Por isso mesmo, a autoridade policial, munida apenas do mandado de prisão, não tem autorização judicial para proceder à busca domiciliar. Se a pessoa procurada estiver escondida ou recolhida em uma determinada casa, para que seja efetuada, legalmente, a sua prisão no local, havendo recusa por parte do morador, é preciso que se obtenha a autorização judicial para a invasão²⁰⁵.

Sem embargo do que foi dito, o Supremo Tribunal Federal, no sentido de evitar arbitrariedades policiais, tem conferido interpretação restritiva quanto à situação de flagrante delito

²⁰⁰ Foi bastante criticada decisão da Justiça Estadual do Rio de Janeiro que, de certa feita, fez expedir mandados de busca e apreensão em uma determinada favela, sem a precisa identificação das casas.

²⁰¹ Cf. item 5.1.8.2.4.3, infra, em que se analisa a cláusula da *boa-fé* como exceção à *exclusionary rule*.

²⁰² Na parte que interessa, o art. 243 assim está redigido: “O mandado de busca deverá: I – indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; III – mencionar o motivo e os fins da diligência”.

²⁰³ **Inviolabilidade do domicílio na Constituição.** São Paulo: Malheiros, 1993, 115.

²⁰⁴ Aliás, essa é a inteligência a ser emprestada ao art. 243, § 1º, do Código de Processo Penal, ao estabelecer que, sendo deferida a diligência investigatória, bem assim a captura de alguém, deve constar do mandado de busca a ordem de prisão (“Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca”).

²⁰⁵ Em alguns casos, de conformidade com as circunstâncias, o juiz, por força de decisão motivada, manda expedir mandado de *busca, apreensão e prisão*.

a justificar a invasão de domicílio sem prévia autorização judicial. Com efeito, na apreciação do Recurso Extraordinário nº 603.616/RO²⁰⁶, no qual atuou como relator o Ministro Gilmar Mendes, em julgamento sob o regime de repercussão geral, restou assentado na ementa do acórdão que “a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária...”, não sendo “(...) a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida”.

Em suma, ficou fixada a seguinte tese: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”²⁰⁷.

Outro problema é quando a autoridade policial realiza a diligência em domicílio sem a prévia autorização judicial, apresentado como justificativa a circunstância de o investigado ou acusado ter dado o consentimento. A esse respeito, no julgamento do processo de registro cronológico 0804849-59.2019.4.05.8400, que tramitou na Segunda Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, o autor, atuando como juiz do caso, deixou consignado que “A busca e apreensão em domicílio realizada sem prévia determinação judicial ao argumento de que houve o consentimento pelo acusado, quando negada por este em relação a uma das residências, naquela em que foram encontradas as munições e as drogas pra uso próprio, não é válida, se não existir comprovação efetiva de que fora conferida a autorização para a realização da diligência, o que contamina a prova assim obtida...”²⁰⁸. Em casos assim, a fim de dirimir a dúvida razoável gerada pela afirmação do policial de que houve o consentimento e a negativa do investigado ou acusado, deve ser providenciada a devida documentação, o que pode ser feito por meio de testemunhas, documento escrito ou documentação audiovisual.

Por fim, no inciso XII do art. 5º, a Constituição estabeleceu a garantia não só do sigilo das correspondências, como igualmente das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. Por conseguinte, em um mesmo dispositivo, o constituinte procurou realçar a garantia da intimidade, fazendo menção, expressa, aos meios físicos e tecnológicos oferecidos às pessoas para que elas, fazendo encurtar a distância e o tempo, possam ter facilitadas as comunicações interpessoais quando não se encontrem no mesmo espaço físico, com a garantia de que o que ali for tratado não poderá ser violado, independentemente de o conteúdo referir-se a assuntos profissionais, comerciais, pessoais ou sobre terceiros. Pouco importa o conteúdo em si. O que é tratado por um desses meios de comunicação faz parte da intimidade dos interlocutores, sendo defeso a outrem captar o seu conteúdo.

Porém, a forma como redigido o dispositivo em foco (“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”) gerou dúvida quanto à possibilidade de se quebrar o sigilo do conteúdo de cartas, e das comunicações telegráficas e de dados. Alguns doutrinadores, de forma simplista, têm manifestado o entendimento de que a expressão no *último caso*, empregada pelo legislador, tem o condão de excepcionar a possibilidade de flexibilização da garantia do sigilo apenas à hipótese em que a comunicação se processa pela via telefônica, o que leva à conclusão, a contrário senso, de que, quanto às outras formas de comunicação, a garantia do sigilo seria absoluta²⁰⁹. Ou, pelo menos, que o sigilo da correspondência seria absoluto.

²⁰⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, Data da decisão: 05/11/2015. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 29 set. 2018.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Disponível em: <https://pje.jfm.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcesoDocumento=32fbb1f11651ce27f7fb8c2f60ee3c90>. Acesso em: 3 mar. 2021.

²⁰⁹ Cf. MIRABETE. Op. cit., p. 320; TOURINHO FILHO. Op. cit., p. 319; SILVA. p. 378; CRETELLA JÚNIOR. Op. cit. p. 270; GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 10.

Essa linha de pensamento entra em rota de colisão com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, sedimentado no nosso meio e no Direito Comparado, de que os direitos fundamentais, por mais importantes que eles sejam, não possuem caráter absoluto²¹⁰. Se nem o direito à vida é absoluto, como assim seria considerado o direito ao sigilo da correspondência?

Portanto, partindo da premissa de que não há direito absoluto, a interpretação possível do inciso XII do art. 5º da Constituição é no sentido de que a quebra dos sigilos das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, em princípio, é admissível para fins cíveis e criminais, desde que haja autorização dada, em decisão fundamentada, por juiz no exercício de atividade jurisdicional ou CPI, ao passo que, em se tratando de sigilo telefônico, tal somente pode ocorrer para fins criminais, nas hipóteses previstas em lei e apenas se, e quando, houver ordem proferida de autoridade judicial.

4.2.5. Princípio da ampla defesa

Beccaria, no livro que o celebrizou, sustentou que a persecução criminal deveria ser conduzida com base em regras garantidoras dos direitos essenciais dos homens, dentre elas o direito de defender-se e de ser tratado com dignidade²¹¹. A partir de então, houve uma verdadeira virada copérnica na seara criminal, e o acusado, que não tinha direito nenhum contra a pretensão acusatória, passou a ter o direito de defesa e, logo em seguida, à ampla defesa²¹².

Demarcando essa nova fase, a Sexta Emenda à Constituição americana elencou como direito fundamental do acusado o direito de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação, de ser acareado com as testemunhas, de obter o comparecimento compulsório de testemunhas de defesa e contar com a assistência de um advogado para a sua defesa. Não só foi consagrado o direito de defesa, como também, indo muito mais além, o direito à assistência jurídica, cláusula que somente seria incorporada aos ordenamentos jurídicos muito tempo depois.

A inclusão do direito de defesa dentre os direitos fundamentais é da tradição do constitucionalismo brasileiro. Na Constituição Imperial de 1824, não se assegurou, expressamente, o direito de defesa, porquanto restou consignado, como direito fundamental, apenas o direito de o preso ser informado, por meio de nota de culpa assinada pelo juiz, dos motivos da prisão, dos nomes do seu acusador e os das testemunhas, caso elas existissem²¹³. Porém, a Constituição de 1891 foi precisa quanto ao direito de defesa, ao preceituar, no art. 72, § 16, que “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa. Como se vê, ao ser inaugurado o direito de defesa como cláusula constitucional, o constituinte destinou a garantia *aos acusados*, esclarecendo, assim, que ela era prevista para o *processo criminal*. Naquela oportunidade, destacou-se que a garantia era *da mais plena defesa*. Com melhor técnica, a Constituição de 1934, no art. 113, 24, estatuiu que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta” Ou seja, ao referir-se expressamente *aos acusados*, manteve a ideia de que a garantia era dada em relação ao processo criminal, acrescentando, ainda, que abrange, igualmente, *os meios e recursos essenciais a ela*. A norma em destaque teve o condão, ainda, de inserir, em nosso meio, a expressão *ampla defesa* que, a partir daí, não mais deixou de ser mencionada nos textos constitucionais posteriores, com exceção da Constituição de 1937. Isso porque, com o seu arcabouço autoritário, a Constituição de 1937 apequenou o preceito, pois disse, apenas, na parte final do art. 122, que “A instrução criminal será contraditória, asseguradas as necessárias garantias de defesa”.

²¹⁰ Cf. itens 5.7 e 7.2.2, supra.

²¹¹ Cf. itens 1.3.3.1 e 1.3.3.2, supra.

²¹² Cf. item 1.3.3.3

²¹³ Art. 179, VIII. “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as”.

A garantia da defesa que, com a Constituição de 1934, houvera sido alçada à categoria de *ampla* e compreendido, ainda, os meios e recursos a ela essenciais, foi rebaixada pela Carta de 1937. Porém, a Constituição de 1946, no art. 141, § 25, resgatou a *amplitude* do direito de defesa, na medida em que fixou que “É assegurada aos acusados ampla defesa” e que “A instrução criminal será contraditória”. Coube à Constituição de 1967 restabelecer a redação da Carta de 1934, ao inculpir, dentre as declarações de direitos, que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” (art. 150, § 15) e complementar, mais adiante, que “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu” (art. 150, § 16).

A Constituição de 1988, em redação bem melhor, modificando o paradigma anterior, embora tenha mantido o núcleo da cláusula tal como ela tinha sido concebida na Carta de 1934, foi mais além, no desiderato de contemplar o direito à ampla defesa não apenas na seara criminal, como igualmente na cível, assim deixando consignado o preceito: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, inciso LV). E mais, no inciso LXXIV, disse que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, tendo o cuidado de antes assinalar que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (inciso LXIII)²¹⁴. Na medida em que se entende que a expressão *preso*, utilizada pelo constituinte, em verdade, quer dizer toda e qualquer pessoa a quem se imputa a prática de algum tipo de crime, tem-se que o direito de *assistência de advogado*, catalogado como direito fundamental no dispositivo em foco, é assegurado, igualmente, não apenas ao preso, mas ao acusado em geral. Ademais, no ambiente criminal, a assistência jurídica ao acusado por parte do Estado é garantia prevista não apenas para quem não possui recursos suficientes para patrocinar a sua defesa, mas a toda e qualquer pessoa, como está dito no inciso LXIII do art. 5º da Constituição, até porque, sem defesa *efetiva*, há ofensa ao *due process law*. Isso permite concluir que a estruturação eficiente da defensoria pública é dever constitucional atribuído ao Estado, decorrente de garantia com *status* de direito fundamental, instrumento necessário para que exista a defesa *efetiva e eficiente*.

Conforme se verifica da análise dos textos constitucionais, historicamente, o direito à ampla defesa *sempre* constou das constituições brasileiras como garantia inerente ao processo criminal e, ainda assim, previsto apenas *em relação aos acusados*. Do alto de sua reconhecida autoridade, Pontes de Miranda²¹⁵, em comentário sobre o art. 153, § 15, da Constituição de 1967, destacava que “A defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial.”, de modo que o princípio, tal como ele era concebido em nosso ordenamento jurídico, nada tinha a ver com o processo civil²¹⁶.

Corrigindo esse erro histórico, o constituinte de 1988 alargou a garantia, acrescentando, ao lado dos *acusados em geral*, como destinatários da garantia à ampla defesa, *os litigantes no processo judicial ou administrativo*, de forma que, em relação ao processo judicial cível, a garantia da ampla defesa diz respeito tanto ao autor quanto ao réu, pois a expressão *litigantes* diz respeito a ambos²¹⁷. No processo civil, portanto, a ampla defesa refere-se ao autor e ao réu, até porque o que o autor faz no processo é defender o seu direito contra a ameaça de lesão ou lesão sofrida.

E mais: Merece atenção especial a expressão *acusados em geral*, empregada no inciso LV do art. 5º da Carta Magna em vigor. A palavra não foi utilizada no seu sentido técnico-jurídico, de

²¹⁴ Sobre o direito de assistência de advogado, assegurado ao preso, cf. item 9.6.5.2.2, *infra*.

²¹⁵ Op. cit., v. 5, p. 235.

²¹⁶ Ibid. p. 235.

²¹⁷ Nas edições deste livro anteriores ao NCPC de 2015, fazia-se a advertência quanto à necessidade de se realinhar o perfil do Código de Processo Civil, a fim de que o princípio da ampla defesa fosse visto, também, sob a perspectiva do autor. Advertia-se que o movimento reformista do Código de Processo Civil, ciente dessa realidade, vinha procurando dividir o ônus do tempo do processo entre autor e réu, por meio de instrumentos como a tutela antecipada e a efetiva execução da sentença provisória, ideias que enfim foram consolidadas com o NCPC de 2015.

modo que ela abrange o investigado e, especialmente, ao preso, seja ele definitivo ou provisório. A garantia constitucional, portanto, se aplica à persecução penal, que alcança a fase da investigação.

De outra banda, sendo a ampla defesa no processo penal estipulada somente para os acusados em geral, isso faz supor – como de fato ocorre – ser *limitado ou regrado* o dever-poder do exercício da persecução criminal²¹⁸. Essa circunstância reforça a ideia de que os direitos fundamentais previstos na Constituição se estabelecem, sob a ótica do sistema criminal, em limitações à persecução penal, sem embargo de se reconhecer que, diante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, há o dever de proteção eficiente, de modo que o exercício desse dever-poder, conquanto regrado, há de possuir instrumentos hábeis em prol da defesa dos interesses da sociedade.

Todavia, não é só em relação aos destinatários que se faz sentir a diferença do princípio da ampla defesa nos ambientes do processo criminal e civil. Mais do que no processo civil, o princípio da ampla defesa, na seara criminal, pode ser visto, sob a perspectiva individual, como uma garantia que é outorgada ao acusado pelo sistema, enquanto, em outra, de sentido coletivo, uma garantia do devido processo legal. A defesa no processo penal é questão de ordem pública, pois não interessa a resolução do problema com base em uma verdade formal, mas sim que a condenação de alguém seja sem a temeridade de uma *dúvida razoável*.

Em verdade, o efetivo interesse do grupo social não é a condenação de *um culpado*, mas, porém, *do culpado*. Por isso mesmo, a defesa no processo criminal não é um direito exclusivo do acusado, daí por que ele não é disponível, não podendo ser renunciado. Ainda que o acusado não queira, a defesa dele será feita no processo criminal.

Essa assertiva não é infirmada com a possibilidade de resolução do processo de forma consensuada, seja por meio da transação, da suspensão condicional do processo ou do acordo de não persecução penal, pois em nenhum desses casos há *assunção de culpa* e muito menos imposição de pena, ao tempo em que, cumpridas as condições estabelecidas que possuem natureza jurídica de *medidas restritivas*, a sentença do juiz declara a extinção da punibilidade que, nos termos do art. 397, IV, é definida normativamente como *absolutória*. Sequer na colaboração premiada ocorre o reconhecimento de culpa por meio da confissão como elemento suficiente para a condenação.

A ampla defesa no processo criminal, portanto, é substancial, e não meramente formal. Por isso mesmo, nesse âmbito, *a defesa é obrigatória*, de modo que o acusado, sempre e sempre, sob pena de nulidade, tem de ser defendido. A ampla defesa no processo penal impõe como regra a parêmia de que “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (art. 261 do CPP), daí por que, se “o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação” (art. 263, caput, do CPP), podendo, porém, caso não seja considerado pobre nos termos da lei, ser responsabilizado pelo pagamento dos honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz (art. 263, parágrafo único, do CPP)²¹⁹. A fim de evitar que o exercício da defesa conduzida por alguém que não seja da escolha e confiança do acusado não seja efetiva, o legislador teve a preocupação de deixar expresso que “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”.

A defesa, além de efetiva, há de ser eficiente, sob pena, no primeiro caso, de nulidade absoluta e, no segundo, de nulidade relativa. E engloba o direito de participação

²¹⁸ Ao sustentar que o direito de defesa constitucionalmente assegurado no sistema espanhol se estende às partes, e não apenas ao acusado, Alex Carocca partiu da constatação de que o art. 24, n. 2, da Constituição da Espanha diz, “... explicitamente, que el de defensa es un derecho que se reconoce 'a todos', lo cual incluye sin duda a todas las partes procesales, cualquier sea el juicio de que se trate” (**Garantía constitucional de la defensa procesal**. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998, p. 89-90). Esse argumento não é válido para o nosso sistema, pois, enquanto, para o campo civil, a cláusula da ampla defesa foi prevista para os litigantes, no âmbito criminal, ela teve como destinatário apenas o acusado.

²¹⁹ Na justiça federal há verba orçamentária específica para pagar honorários de defensores dativos nomeados pelo juiz.

e de presença nas audiências, daí por que, nada obstante a constituição de advogado, o acusado, salvo se revel, tem o direito de ser intimado pessoalmente das audiências das decisões, pois possui o direito de participação e do *jus postulandi* quanto às interposições dos recursos em sentido estrito e de apelação.

Em outra ótica, o direito ao silêncio é um corolário lógico da ampla defesa, com o condão de assegurar ao acusado o direito de audiência com o juiz responsável pela decretação de sua prisão ou do julgamento do processo. A primeira garantia restou preservada com a criação da audiência de apresentação, também denominada audiência de custódia, enquanto a segunda, com o direito ao interrogatório, após a produção de toda a prova, durante a audiência de instrução e julgamento.

4.2.6. Princípio da liberdade

Um sistema jurídico de cunho democrático, forjado sob a batuta dos direitos fundamentais, possui como esteio a garantia da liberdade, bem jurídico com grau de importância similar ao direito à vida. Naturalmente que o direito à vida é o maior dos direitos, mesmo quando considerado em comparação com a cláusula da liberdade; no entanto, não menos procedente é a assertiva de que a vida, sem liberdade, não tem muito sentido.

O liberalismo, vivificado a partir da doutrina política dos iluministas, renovado, com colorido mais denso e em sintonia com o mundo contemporâneo, de acordo com a pregação dos direitos fundamentais, coloca o direito de liberdade como um dos eixos principais sobre o qual deve gravitar o sistema jurídico. Lorca Navarrete, comentando a exposição de motivos da Lei Orgânica da Espanha nº 6, de 24 de maio (disciplina o procedimento do habeas corpus), revela que nela se afirma que a Constituição espanhola configura um ordenamento jurídico “... cuya pretensión máxima es la garantía de la libertad de los ciudadanos, y ello hasta el punto de que la libertad queda instituida, por obra de la propia Constitución, como un valor superior del ordenamiento”²²⁰.

Nessa perspectiva, o Direito Criminal deve ser mínimo, de modo que somente há de ser elaborado para os casos em que os demais ramos do Direito não contenham normas coercitivas bastantes para dar resposta ao comportamento antissocial do agente. Sem embargo de ser mínimo, a solução alvitrada por esse ramo jurídico precisa ser nos termos da justiça voltada para a erradicação da marginalização, de modo que, tanto quanto possível, a solução para o problema penal deve ser perquirida tendo como instrumento a negociação, sem a aplicação de pena propriamente dita, mediante a sua substituição por medidas alternativas, ou então, mesmo quando seja o caso de impor-se a sanção, preferir-se a pena restritiva de direitos à de privação do direito de liberdade²²¹.

Essa política criminal, inerente ao sistema democrático arquitetado sob a plataforma dos direitos fundamentais, tem repercussão, como não poderia deixar de ser, na concepção do instituto da prisão como medida processual a ser adotada durante o trâmite do processo, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória²²². A despeito de tudo o que foi dito, se ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado, tem-se que, em rigor, não parece razoável que a pessoa seja mandada para o cárcere, antes de encerrado o processo. O direito à liberdade é

²²⁰ **Derechos fundamentales y jurisprudencia.** Madrid: Ediciones Pirâmide, 1999. p. 77.

²²¹ Cabe lembrar a distinção aqui feita, no item 9.1.3.1.1, supra, entre medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas e penas alternativas. Em verdade, há as medidas alternativas que são o gênero, das quais decorrem as espécies (1) medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas e (2) penas alternativas. Medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas são aquelas que impõem a solução do processo sem reconhecimento da culpa e sem a aplicação de pena, como se verifica nos casos em que ocorre transação penal ou suspensão condicional do processo, enquanto a pena alternativa pressupõe a condenação do acusado, sem que se imponha, porém, pena privativa da liberdade. Cf. 9.1.3.1.1, supra.

²²² No item 6, infra, serão abordadas as medidas cautelares detentivas e as diversas da prisão.

um dos direitos fundamentais que, conforme foi dito, confunde-se, em certa medida, com o próprio direito à vida.

Assim, o instituto da prisão representa, antes de mais nada, mesmo quando tratado como medida processual, limitação a esse direito fundamental, daí por que os seus contornos iniciais são gizados na Constituição. Não foi por outra razão que as preocupações contra a aplicação da prisão se fizeram sentir já na Magna Carta inglesa de 1215, imposta pelos barões contra o Absolutismo do Rei João Sem Terra, com a consignação de que “Nenhum homem livre será detido ou preso..., senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”²²³.

Como não poderia deixar de ser, Beccaria, na exposição da filosofia liberal no campo criminal, insurgia-se contra a ausência de segurança pessoal ao agente que respondia pela prática de delito, pois o magistrado possuía “... o arbítrio de prender um cidadão, de tirar a liberdade de um inimigo por pretextos frívolos, de deixar impune um amigo, a despeito dos mais fortes indícios de culpabilidade”.

Seguindo essa orientação, a declaração de direitos enxertada à Constituição americana por meio da Quinta Emenda estabeleceu a exigência da obediência ao devido processo legal para que fosse decretada a limitação ao direito de liberdade (“... ninguém... será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo judicial...”). Essa garantia fundamental restou, igualmente, sufragada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), com o preceito expresso no art. 9º, sob a máxima de que “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”. No mesmo passo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) deixou plasmado que “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. Ninguém poderá ser objeto de detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, a não ser por motivo e em conformidade com procedimentos previstos em lei (art. 9.1)”.

Realçando a natureza acautelatória da prisão processual, o PIDCP acrescenta, no art. 9.3, in fine, que “A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir regra geral, mas a libertação delas poderá estar subordinada a garantias que assegurem sua presença em todos os atos do processo penal e, se for o caso, para a execução da sentença”. A Convenção Europeia dos Direitos do Humano, assegura o direito de liberdade a todos, vedando a privação de liberdade salvo nos casos previstos e de acordo com o procedimento legal (art. 5º, 1), ressaltando que “Qualquer pessoa presa ou detida... deve ser apresentada imediatamente a um juiz... (art. 5º, 2), prescrevendo, assim, o direito à audiência de apresentação (custódia).

Finalizando o estatuto internacional do direito de liberdade, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) ressalta que “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (art. 7.2), que “Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários” (art. 7.3) e arremata “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais...” (7.5), preceito que exige, para a legalidade da prisão, a realização da audiência de apresentação (custódia).

A Constituição de 1988, com a sua ideologia liberal calcada na proteção aos direitos fundamentais, cuidou do tema referente ao direito à liberdade com extrema delicadeza, denotando toda a preocupação em evitar, tanto quanto possível, a ocorrência de malferição ao direito de liberdade²²⁴. Como regra fundamental, a Constituição de 1988 assegura a todos o direito de liberdade, ainda que a pessoa tenha cometido algum delito. De qualquer maneira, excepcionalmente, permite-se, como medida processual, a supressão do direito de liberdade antes mesmo da condenação definitiva, sem que tal caracterize afronta ao princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade.

²²³ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1942. v. 2, p. 180.

²²⁴ Cf. GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar**. São Paulo: RCS Editora, 2006.

Logo após a edição da Constituição de 1988, chegou-se a discutir, devido à inclusão do princípio da presunção de não culpabilidade, quanto à manutenção, ou não, da prisão preventiva. Essa discussão, porém, não tinha muito sentido. A uma pelo fato de o instituto da prisão preventiva ser uma realidade histórica, presente em todas as legislações, independentemente da existência do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade. Até porque, já se disse, de forma lapidar, que se a prisão preventiva é um *mal*, trata-se de um *mal necessário*. A dois pelo fato de o próprio texto constitucional deixar explícita a possibilidade da decretação da prisão processual, como medida cautelar, ao dizer no art. 5º, LXVI, que ninguém será levado à prisão, nem nela haverá de ser mantido “... quando a lei admitir a liberdade provisória”. Indo mais além, o Supremo Tribunal Federal tem farta jurisprudência no sentido de que “... a antecipação cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão temporária, prisão preventiva ou prisão decorrente da sentença de pronúncia) – não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (RTJ 133/280 – RTJ 138/216 – RTJ 142/855 – RTJ 142/878 – RTJ 148/429 – HC 68.726-DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA)”²²⁵.

Ao invés de atritar-se com o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade²²⁶, o instituto da prisão processual com ela se afina, porque, como consequência natural daquela cláusula constitucional, este se mostra com caráter eminentemente acautelatório, medida excepcional que só há de ser adotada quando for demonstrada a sua extrema necessidade. Assim pensa Claria Olmedo²²⁷, ao esclarecer que “*puesto que el imputado goza de un estado de inocencia mientras no se lê declare culpable por sentencia firme, lãs medidas de coerción personal que contra aquél se dicten solo deben tener caracter cautelar y provisional, y estar limitadas al estrictamente necesario...*”.

E não há mesmo incompatibilidade entre a prisão processual e o princípio da presunção de não culpabilidade até porque, ao revés do que propagam vozes menos avisadas, aquela não é uma medida sancionatória, mas, sim, mera medida cautelar, ainda que, no escopo de buscar segurança de natureza instrumental – para dar garantia à futura execução de condenação que pode vir a ser imposta, preservar a ordem pública ou atender a conveniência da instrução criminal –, tenha o condão de impor restrição ao direito de liberdade.

No entanto, malgrado o seu caráter meramente acautelatório, não contendo, em seu âmago, desiderato sancionatório, é por muitos criticada, uma vez que se trata de medida restritiva da liberdade do acusado antes de prolatada sentença condenatória, chegando alguns, de modo extremado, até mesmo, a propugnar pela abolição da prisão preventiva. No entanto, a *vexata quaestio* no pretérito encetada, hodiernamente, apresenta-se bizantina, porquanto demonstrado, ao longo dos tempos, que, em alguns casos, imprescindível se apresenta sua decretação, seja em garantia à ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação de eventual pena a ser imposta. Entretanto, ainda há voz abalizada no sentido de que a prisão preventiva não se justifica ainda que para atender os fins que com ela se almeja, fazendo com que se defenda a abolição dessa medida de restrição da liberdade, pelo menos antes da sentença de primeiro grau²²⁸.

Todavia, consoante salientado, tem-se de todo válida a assertiva de que, se se constitui a prisão processual um mal, desenganadamente, é um mal necessário. Aliás, no particular, Flamond,

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU, Relator Ministro Celso de Mello, Classe: HC – Processo: 80719, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 jul. 2005.

²²⁶ Conforme a tese aqui defendida, há o princípio da presunção de inocência como gênero, do qual são espécies os princípios da presunção de inocência *stricto sensu* e da presunção de não culpabilidade. Quando se trata de prisão processual, o princípio que há de ser considerado é o da presunção de inocência em sentido estrito.

²²⁷ Apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, v. 3, p. 491.

²²⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan, O juízo. Quando e como julgar. In: **Direito e razão teoria do garantismo penal**, p. 449.

mencionado por Tourinho Filho²²⁹, com maestria, assevera: “É uma dessas dolorosas necessidades sociais, perante as quais somos forçados a nos inclinar.” Ademais, tem-se notícia de que todas as legislações conhecem e admitem o instituto da prisão processual criminal. A sua razão de ser possui base sólida. Isso porque, se alguns consideram a prisão processual injusta em virtude de se coartar o *ius libertatis* do indivíduo antes mesmo do reconhecimento da culpabilidade por sentença, doutro lado, há de ter-se em mente que, em determinadas ocasiões, a liberdade do agente compromete, sobremaneira, a aplicação da justiça, seja pela clara sinalização de que em liberdade o agente continuará na empreitada criminosa, pondo em risco a ordem pública, seja pela coação que possa exercer sobre as testemunhas, prejudicando o esclarecimento da verdade, ou mesmo diante das evidências de que o acusado venha a desaparecer do distrito da culpa, refugiando-se em local outro, até mesmo em país distante.

Embora compatível com o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, em decorrência mesmo dessa cláusula constitucional tem-se que a prisão processual é medida excepcional à qual somente se deve recorrer quando evidenciada a sua extrema necessidade e não for possível obter-se o fim almejado com a aplicação de medidas diversas da prisão. Por isso mesmo, nada obstante a pessoa tenha praticado um crime, independentemente de sua gravidade, salvo demonstrada a necessidade de sua prisão, ela detém o direito de ficar em liberdade, até que haja, contra si, sentença criminal condenatória com trânsito em julgado²³⁰.

Assim, em qualquer caso, como é próprio das medidas cautelares, o juiz terá de fundamentar a decisão expondo a motivação referente ao *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*), que é a prova da ocorrência do crime (materialidade), e aos indícios suficientes da autoria (não se confunde com a mera suspeita ou possibilidade, refere-se à probabilidade concreta de que aquela tenha sido a pessoa que praticou o ilícito) e também do *periculum libertatis*, que se manifesta com a presença de um dos fundamentos para a decretação da prisão processual. Com essa configuração germinada da Constituição, não existe a possibilidade de ser prevista, na legislação infraconstitucional, a excêntrica *prisão provisória obrigatória*, criada com a antiga redação do art. 312 do CPP.

O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, tem traçado, com régua e compasso, essa peculiaridade da prisão processual em nosso sistema jurídico, especialmente com o irromper da Constituição de 1988. O Ministro Celso de Mello deixou sublinhado, com apoio em doutrina haurida de Basileu Garcia, que a prisão processual detém natureza cautelar, sem guardar identidade com a prisão penal (*carcer ad poenam*), pois não tem como escopo aplicar qualquer tipo de punição à pessoa que tem o seu direito de liberdade cerceado, senão, ao contrário, servir de instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal²³¹. Na mesma oportunidade, o ministro em referência acrescentou que a privação cautelar da liberdade individual é qualificada pela nota da excepcionalidade²³², daí por que a prisão preventiva somente deve ser deferida quando a decisão judicial esteja embasada em elementos concretos e reais que se acasalem com as hipóteses definidas em lei.

Nessa linha de estrutura, o direito de liberdade, assegurado como regra pela Constituição no caput do art. 5º, distingue-se do *direito à liberdade provisória com ou sem fiança* (art. 5º, LXVI) e do direito ao *relaxamento da prisão* (art. 5º, LXV). Aliás, os três institutos guardam peculiaridades próprias. O *direito à liberdade*, como se disse, é o gênero do qual os dois outros institutos são espécies. Conforme asseverado acima, o direito de liberdade se destina a garantir a todos os cidadãos, tenham ou não praticado crime, tenham sido ou não acusados pelo Ministério

²²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, v. 3. p. 464.

²³⁰ Cf. item 9.2.7, supra, em que se faz crítica a esse entendimento e à nova redação conferida ao caput do art. 282 do CPP.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: HC – Processo: 80719, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp Acesso em: 4 jul. 2005.

²³² Ibid. Cf. ainda RTJ 134/798, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello.

Público, a possibilidade de permanecer em liberdade durante o inquérito ou processo, até que seja, com foros de definitividade, certificada a sua culpabilidade.

O *direito à liberdade provisória*, com ou sem fiança, ao contrário, pressupõe a ocorrência de prisão válida do agente, em razão de flagrante delito ou ordem judicial. Não identificada, na hipótese da detenção em flagrante, a satisfação dos fundamentos expostos no art. 312 do CPP, e ou desaparecidos, quando seja o caso de prisão preventiva, os fundamentos que autorizaram o encarceramento, o agente passa a fazer jus à liberdade provisória, com ou sem fiança.

Por outro lado, o direito ao *relaxamento da prisão* (art. 5º, LXV), assim como o direito à liberdade provisória, tem como precedente necessário a ocorrência a detenção em flagrante delito ou a prisão por determinação judicial, porém eivada de vício de ilegalidade, no primeiro caso pela circunstância de a hipótese não se enquadrar em nenhuma das situações insertas na lei de regência (art. 302, I/IV, do CPP), e no segundo, em razão da nulidade da decisão do juiz. Ou, ainda, conforme as inovações advindas com a Lei nº 13.964, de 2019, em razão de extrapolado o prazo previsto para a prisão permitida na fase da investigação (art. 3º-B, § 2º, do CPP) ou pelo fato de não ser providenciada, na fase processual, a renovação da medida a cada 90 (noventa) dias (art. 316, parágrafo único).

5. Perseguição Criminal

O Estado, criação que consulta a necessidade natural da vida em sociedade do ser humano²³³, foi concebido no escopo de harmonizar o convívio das mais diferentes pessoas, direcionando-se à satisfação do bem comum, mediante o desempenho de múltiplas e complexas funções. Sem embargo das divergências entre *deterministas*²³⁴ e *finalistas*²³⁵, resta claro que o Estado tem uma finalidade básica, que reside, justamente, no emprego de sua autoridade e legitimidade para a manutenção da segurança pública, tendo como parâmetro o primado da justiça. Nesse particular, a Constituição de 1988, a par de inserir a segurança como um dos direitos sociais básicos (art. 6º), com força imperativa, ressaltou que “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...” (art. 144, caput).

Não se há de olvidar que a principal função do Estado é garantir a segurança das pessoas e bens. A segurança, nesse sentido, como pronuncia Cretella Júnior com amparo no ensinamento de Lorenzo Stein, constitui-se “... elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana.”²³⁶ Para desincumbir-se desse significantes dever, o Estado exerce aquilo que a doutrina convencionou denominar *poder de polícia*. Em linha de rigor, o objeto dessa atividade policial compreende todo tipo de relação que se refere ao convívio dos integrantes do grupo social, assim como se ocupa de patrulhar toda espécie de atos que venham a ameaçar ou a transgredir a ordem na sociedade²³⁷.

Com o que vem de ser dito, nota-se que essa atividade de polícia do Estado, que vai além da questão afeta propriamente à segurança pública, que é uma de suas modalidades, tem duas dimensões: (1) uma relativa às pessoas, na medida em que concede tutela à vida, à honra, à liberdade e ao patrimônio, bem como aos direitos e interesses valorados pelo sistema jurídico, pertencentes ao ser humano não apenas em razão dessa condição, mas também tendo em consideração a vida da pessoa em sociedade. Sob outra perspectiva, (2) o poder de polícia leva em consideração a figura do Estado, dimensão na qual esse atributo estatal “... tutela a livre função dos órgãos públicos, a honra, o patrimônio e todos os demais direitos e interesses respeitáveis, ao mesmo tempo que garante, principalmente, a própria existência do Estado e de sua forma de governo”²³⁸.

No ponto, em definição jurídica lapidar da expressão *polícia*, Cretella Júnior arremata que se trata do “Conjunto de poderes coercitivos exercidos pelo Estado sobre atividades dos

²³³ Como se sabe, há basicamente duas correntes a respeito da criação do Estado: naturalista e contratualista. De acordo com o pensamento naturalista, os homens são induzidos, por uma necessidade natural, a associarem-se, pois só a vida em grupo é da própria condição humana. Os precursores dessa ideia foram Aristóteles, no seu livro *A política* e Cícero, com a obra *Da república*. Entre os contratualistas, os maiores divulgadores foram Thomas Hobbes, em *Leviatã* e Jean Jacques Rousseau, com *O contrato social*.

²³⁴ Os deterministas alegam a que sociedade, assim como o homem, age sob o império de uma série de leis naturais, sujeitas ao princípio da causalidade, daí por que, sem embargo de ser possível estabelecer metas em pormenores da vida social, há vários fatores (para alguns de ordem econômica, para outros, geográfica etc.) comandando a sucessão dos fatos fundamentais (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 19).

²³⁵ De acordo com esta corrente, o Estado atua sob uma orientação fixada no sentido de atender às necessidades fundamentais, ou melhor, satisfazer o bem comum. Essa seria a finalidade e *ratio essendi* do Estado.

²³⁶ *Tratado de direito administrativo: polícia administrativa*. Rio-São Paulo: Forense, 1968. v. 5. p. 14.

²³⁷ **Tratado de direito administrativo: polícia administrativa**, p. 16

²³⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: polícia administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 16.

administrados, através de medidas impostas a essas atividades, a fim de assegurar a ordem pública”²³⁹.

Entendida a polícia administrativa como a atividade com a qual o Estado não apenas procura impedir a prática dos delitos e manter a ordem pública, como também, por meio de ações educativas e de comando da convivência em sociedade, trata de orientar e emitir ordens e determinações para serem cumpridas por todos, tem-se que ela é executada pelos mais diversos órgãos públicos.

A Constituição de 1988, porém, ao preceituar as normas afetas à segurança pública, cuidou de especificar que essa atividade se trata de dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, mediante os órgãos que ela especifica (art. 144, caput).

Na ótica reducionista empregada pelo constituinte, por segurança pública devem ser compreendidas as ações desenvolvidas pelos órgãos públicos na proteção aos direitos que se referem às pessoas em si, aí se incluindo aqueles inerentes à vida, à intimidade e à honra, e aos que dizem respeito ao seu patrimônio²⁴⁰.

De todo modo, veja-se que a Constituição de 1988, no capítulo que trata da segurança pública, teve o cuidado de extremar as duas faces dessa função: aquela que é *prévia* e mesmo exercida para sustar a ação delituosa de um lado e, de outro, a investigativa ou de apuração dos *ilícitos praticados*.

Na qualidade de órgão policial, cuja ocupação se concentra na apuração das infrações, ou melhor, de *polícia judiciária*, o constituinte elegeu a polícia federal²⁴¹ e as civis. Para o exercício da *função de polícia* administrativa, ou seja, para encetar as ações *preventivas e repressivas* quanto à prática dos crimes, o constituinte concebeu de ordinário a *polícia militar* e, para casos específicos, as polícias rodoviária e ferroviária federais, além dos corpos de bombeiros e mesmo das guardas municipais, assim as polícias penais estadual e federal²⁴².

Portanto, quanto à segurança pública – que não é, propriamente, um poder, mas um dever do Estado, até porque se trata de um direito assegurado a todos os cidadãos –, impõe-se distinguir essas duas atividades: (1) a *ostensiva* e de preservação da ordem pública, levadas a efeito, de ordinário, pela polícia militar, cuja missão é (a) *prevenir* para evitar a prática dos crimes que podem ou estão na iminência de serem executados e (b) *reprimir*, no sentido de intervir para sustar o delito que está ocorrendo; (2) a *investigatória*, exercida pela *polícia judiciária* – leia-se polícia federal ou civil –, que atua de regra após a ocorrência do crime, tendo em vista apurar os elementos probatórios pertinentes à materialidade e indícios da autoria e, assim, municiar a ação a ser ofertada pelo Ministério Público perante o Judiciário.

Esse poder de polícia, portanto, tradicionalmente, distingue-se em duas espécies bem precisas: polícia administrativa e polícia judiciária²⁴³. A que nos interessa aqui é esta segunda, impropriamente conhecida como polícia judiciária, que se ocupa em investigar os crimes que escapam do patrulhamento preventivo e ostensivo da polícia administrativa. A terminologia é imprópria porque causa a falsa impressão de que se trata de um tipo de poder de polícia exercido por um órgão constituído dentro da estrutura administrativa do Poder Judiciário, o

²³⁹ **Tratado de direito administrativo: polícia administrativa**, p. 31.

²⁴⁰ Atipicamente, a polícia federal recebeu também a competência para prevenir e reprimir o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho e para exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras (art. 144, §1º, II e III, da Constituição). Portanto, além da função de polícia judiciária, a polícia federal exerce, em alguns casos, a função de polícia administrativa, isto é, preventiva e repressiva.

²⁴¹ Na interpretação da norma, deve-se perceber que a expressão *pessoa* abrange as físicas e jurídicas e, em relação a estas, as públicas e privadas.

²⁴² As polícias rodoviária e ferroviária federais coube o *patrulhamento ostensivo*, respectivamente, das rodovias e ferrovias federais, ao passo que aos corpos de bombeiros, a execução de *atividades de defesa civil*, além de outras que lhe sejam atribuídas por lei, às guardas municipais, a proteção dos bens, serviços e instalações dos Municípios e às polícias penais a segurança dos estabelecimentos penais (art. 144, §§ 2º, 3º, 5º, 5º-A, da Constituição).

²⁴³ Há outras classificações dessa função de polícia, porém a mais clássica é a que faz a divisão entre polícia administrativa e judiciária.

que não corresponde à realidade, pois pertence ao Executivo. Conquanto as Leis n.ºs. 12.830, de 2013, e 13.407, de 2014²⁴⁴, deixem claro que a atividade desempenhada pelo delegado de polícia tem natureza jurídica, não há réstia de dúvida de que o procedimento de investigação encerra atuação meramente administrativa.

Por isso mesmo, essa atividade é desempenhada por meio de *procedimento administrativo*, denominado pelo CPP de inquérito policial, uma vez que é conduzido por uma autoridade policial. No ponto, é dito que “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria” (art. 4º, caput, do CPP), de modo que “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra” (art. 12 do CPP)

A *persecução criminal* compreende essas atividades que são desempenhadas pela polícia judiciária (polícia civil e polícia federal) e a atuação do Ministério Público perante o Judiciário, deduzindo a ação penal ou propondo a solução da questão por meio da transação, suspensão condicional ou acordo de não persecução criminal.

A persecução criminal, espreada entre a chamada *polícia judiciária* e o Ministério Público, é poder político conferido ao Estado e monopólio dele, que deve ser exercido não só com obediência aos direitos fundamentais do homem, como também de forma legítima. A política criminal justificadora da persecução criminal deve ser orientada por critérios que se conformem com ordem constitucional. Por isso mesmo, sendo democrático o Estado, não seria necessário dizer que a persecução criminal, igualmente, deve confortar-se com as premissas democráticas, o que implica afirmar, no que é mais importante aqui realçar, que os Direitos Penal e Processual Penal precisam ser elaborados e pensados sob esse viés político.

Essa missão governamental desafia a definição de delicada política criminal, que deve orientar o Estado em seu agir na persecução da criminalidade. Tobias Barreto, com a clarividência de sempre, criticando a discussão doutrinária sobre os fundamentos jurídicos do direito de punir, adverte que “O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”²⁴⁵. Parte da lógica de que o *sistema jurídico perturbado*, assim como o ofendido, ao reagir, não possui outro interesse senão a reparação do dano, se possível, *in natura*, de modo que “O que vai além dessa esfera nasce de motivos que são estranhos ao direito mesmo”²⁴⁶, ingressa no campo político, em outras palavras, pertence à esfera da política criminal, assim como o tratamento por mais pontual e específico que seja de uma determinada doença deve inserir-se num plano nacional de saúde.

Mostra-se relevante lembrar que as concepções filosóficas sobre as intrincadas questões de ordem criminal, com o decorrer do tempo, evoluíram e mesmo involuíram para, mais tarde, renovarem-se, em consonância com a própria evolução da humanidade.

Com a secularização, obra que se deu com o *Renascimento*, os Estados deixaram de ser teocráticos e, propriamente, passaram a se apresentar com o arcabouço político contemporâneo. Na separação dos poderes do Estado dos da Igreja, o direito de punir deixa de encontrar justificativa religiosa, para ter uma apresentação política.

Após idas e vindas sobre o perfil do sistema criminal, juntamente com o movimento democrático surgido após a Segunda Guerra Mundial, os fundamentos do direito (dever-poder) de punir, ou seja, da persecução penal, passam a ter uma nova concepção.

²⁴⁴ A Lei 12.830, de 20 de junho de 2013, define que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado (art. 2º, caput). Por sua vez, a Lei nº 13.047, de 2 de dezembro de 2014, esclarece que o cargo de delegado de polícia federal executa função de *natureza jurídica e policial*.

²⁴⁵ **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 178.

²⁴⁶ **Estudos de direito**, p. 179. Tobias Barreto, com sagacidade, desafia a quem busca o fundamento jurídico da pena a procurar, igualmente, o fundamento jurídico da guerra. Muito embora reconheça que, no Direito Penal, o centro de gravidade se encontra na pena, acrescenta o penalista pernambucano que, no Direito Civil, muito embora a execução seja a sua pedra de toque, os civilistas não se ocupam de buscar a razão filosófica dela. (**Estudos de direito**, p. 198).

A persecução penal é defendida como forma de *defesa social*, sendo encarada, porém, sob uma visão moderna que, comprometida em escoimar o ranço autoritário dos Direitos Penal e Processual Penal herdados das Escolas Positiva, neoclássicas e neopositivas – incluídas nestas as *Escolas do Tecnicismo Jurídico*²⁴⁷ e a *Alema*²⁴⁸ –, tem raiz teórica nos princípios normativos que enunciam os direitos fundamentais da pessoa humana.

É um novo modelo de justiça criminal, consentâneo com a nova realidade mundial do pós-Segunda Guerra, que exige o respeito à dignidade da pessoa humana como princípio orientador da política criminal e, como consequência, do exercício do dever-poder da persecução criminal.

Ao contrário de uma defesa social repressiva, como pregavam os *positivistas*, pretende-se, nessa ótica democrática – gerada pela Escola da Nova Defesa Social, à qual são agregados, ainda, alguns valores anunciados pela corrente abolicionista contemporânea e, notadamente, pelo modelo plantado com as raízes do *garantismo* –, que os Direitos Penal e Processual Penal sejam pautados por uma agenda *garantista*, conquanto tenham o compromisso de mostrarem-se eficientes no tratamento normativo do problema criminal.

O devido processo, nesse modo de ver, não é apenas uma garantia individual daquele que está submetido a uma demanda criminal, mas um postulado coletivo e universal, que impõe ao Estado o respeito a direitos históricos da humanidade.

Nessa concepção, do que se cuida é *menos de um direito de punir e mais de um dever-poder de punir*²⁴⁹ ou, melhor, na concepção de um direito criminal democrático, que adota mecanismos de *despenalização* e mesmo de *descriminalização*, *dever-poder de exercer a persecução criminal*.

A expressão *dever-poder de exercer a persecução criminal* é mais adequada tendo em conta institutos negociais e despenalizantes a exemplo da transação, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal, como os quais a solução do problema criminal é alvitada por meio de consenso e sem aplicação de pena, com a consequente extinção da punibilidade, após o cumprimento das condições estabelecidas no acordo firmado entre as partes. Cabe lembrar que a sentença de extinção de punibilidade, nessa hipótese, tecnicamente, é considerada absolutória, em razão do que prescreve o art. 397, IV, do Código de Processo Penal.

A nomenclatura *persecução criminal* também é preferível a *persecução penal*, pois nem sempre a atuação do Ministério Público se pauta no propósito de conseguir a punição do infrator, seja porque é seu dever pedir a absolvição quando considerar o acusado inocente, seja porque, assim como ressaltado acima, em muitos casos ele propõe a solução consensual, por meio dos institutos da transação, suspensão condicional ou do acordo de não persecução penal.

Isto é, nesses casos, a persecução criminal não tem como finalidade *punir* ou aplicar pena, mas, sim, solucionar o problema sem a imposição de sanção, atendendo ao mandamento contido no art. 3º, III, da Constituição, que orienta o desenvolvimento de política criminal no afã de *erradicar a marginalização*.

De outro lado, na visão moderna decorrente de um sistema criminal pautado de acordo com o entendimento de que a teoria do processo penal tem raiz nos direitos fundamentais, o *jus persequendi* é oriundo da perspectiva objetiva dessa classe de direitos.

²⁴⁷ CARNEVALE, um dos grandes nomes da Escola do Tecnicismo Jurídico, aproximando-se do pensamento positivista, defendia que o efeito genérico da pena era, justamente, defender a sociedade. (Apud ANCEL, Marc. **A nova defesa social: um movimento de política criminal humanística**. Tradução Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 8).

²⁴⁸ LISZT, entretanto, que foi um dos fundadores da Escola Alemã, ante a assertiva de que o bem jurídico e a norma são as ideias fundamentais do Direito, sustenta que a missão especial do Direito Penal é proteção de interesses tutelados pela norma (**Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Hígino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 143). Por conseguinte, para o mestre alemão, a punição se justifica em virtude de sua necessidade para a manutenção da ordem jurídica e, consequentemente, para a manutenção do Estado. (Ibid., p. 159).

²⁴⁹ Para BAUMAN “la imposición de consecuencias penales no constituye solamente un derecho, sino también un deber del Estado.” BAUMANN, Jürgen. **Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales**. Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 10.

Nessa linha de pensamento, Frederico Valdez²⁵⁰ adverte para a dualidade de significados das garantias do processo criminal que estão na base do que se convencionou chamar *justo processo*, razão pela qual

... a compreensão dos princípios processuais elementares no sentido de cânones impositivos da correta atuação da jurisdição no processo, o que depende da correção no acertamento jurisdicional, é identificada pela qualificação de síntese ‘garantias objetivas’. No outro enfoque, a assimilação dos preceitos processuais como vínculos normativos direcionados à tutela individual daqueles submetidos ao mecanismo processual é resumidamente denominada pela locução ‘garantias subjetivas’.

A esse respeito, cabe considerar que os direitos fundamentais se apresentam sob duas dimensões: subjetiva e objetiva²⁵¹. É que, ao lado da interpretação liberal clássica dos direitos fundamentais como garantia da esfera de liberdade da pessoa contra as intervenções do Estado, anota Alexi²⁵² que, em contrapartida, os direitos fundamentais expressam “*derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluídas en el status positivo en sentido stricto*”.

Na primeira, reside o núcleo essencial da teoria do processo penal, ou seja, é a exegese dos direitos fundamentais na qualidade de normas que limitam o exercício do dever de punir. Na outra dimensão, os direitos fundamentais se traduzem no *dever de proteção*²⁵³, ou seja, na obrigação legada ao Estado de promover ações eficientes no sentido de proteger, com medidas preventivas e repressivas, os cidadãos contra a violação dos seus direitos. Em nosso sistema jurídico, sem embargo da previsão que consta do art. 6º, a Constituição de 1988, de forma cogente, no caput do art. 144, realça esse dever de proteção²⁵⁴.

Kléber Martins de Araújo²⁵⁵, com bastante acuidade e inteiro acerto, adverte que,

Se com a Constituição de 1988, a legislação penal e processual penal deve ser relida à luz das garantias penais e processuais penais insculpidas no texto constitucional em favor de quem é acusado de ilícito, parece não ser menos verdade que essas mesmas normas devem ser interpretadas e aplicadas também tendo como escopo a necessidade de proteção suficiente aos direitos fundamentais subjacentes aos tipos penais, através da tutela penal.

Esse entendimento doutrinário foi sufragado pelo Supremo Tribunal no julgamento da ADI 3.112/DF, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na qual se debateu a constitucionalidade do Estatuto do Desarmamento. Merece destaque o voto do Ministro Gilmar Mendes²⁵⁶, no qual ele afirma que um elenco considerável de normas constitucionais expressam, em essência, *um mandato de criminalização expresse*, isto é, “Em verdade, tais disposições

²⁵⁰ **Fundamentos do justo processo penal convencional:** as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo legal. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido Editora, 2020, p. 193-194.

²⁵¹ Cf. Itens 72.1 e 7.2.4, *infra*.

²⁵² **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 419.

²⁵³ “O dever de proteção é o Estado, no conjunto de suas ações funções ou poderes, sendo o legislador o destinatário principal, incumbindo-lhe a tarefa de fornecer ao Poder Executivo e ao Judiciário o instrumento legislativo para a atuação contra os atentados ou exposições a perigo de direitos fundamentais, reduzindo e concretizando o alto grau de abstração de proteção por meio da lei, de modo que a administração e o judiciário possam saber a que ponto estão concretamente jungidos ao dever de proteção” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63).

²⁵⁴ Em profundo estudo sobre o tema, Rodrigo Telles defende que “O dever estatal de investigar fundamenta-se nos artigos 5º, inciso XLI, 6º, 144 e 37, caput, da Constituição de 1988” (SOUZA, Rodrigo Telles. **A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro.** Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012, p. 299).

²⁵⁵ ARAÚJO, Kleber Martins. **A responsabilização criminal no estado democrático de direito:** o equilíbrio entre a efetividade e os limites da pretensão punitiva da sociedade. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012, p. 137.

²⁵⁶ Disponível em: www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio. Acesso em: 27 nov. 2012.

traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional.”

Por conseguinte, o Estado não se obriga “... apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – abwehrrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*schutzpflicht des staates*)”.

Com suporte na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos fundamentais devem ser vistos como normas de proibição (*eingriffsverbote*), e, de outra banda, como *normas de proteção* (*schutzgebote*), daí derivando a concepção de que dimanam dos direitos fundamentais, além da proibição de *excesso* (*übermassverbote*), a proibição de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*untermassverbote*)²⁵⁷.

Nessa senda, Joshua Dressler²⁵⁸ assevera que, dentre os quatro elementos que conferem legitimidade ao sistema processual criminal dos Estados Unidos, estão o “... grau em que o sistema judicial limita o poder do Estado em relação aos acusados no processo criminal e a eficiência do processo”.

Em outras palavras, nessa nova dimensão dos direitos fundamentais, o Estado evolui da posição de *adversário*, no sentido de que ele é proibido ou sofre limitações no seu agir, o que implica no *dever de inação ou proibição*, para o de *amigo ou guardião*, que tem o dever de promover ações de proteção, o que caracteriza o *dever de ação ou proteção*. Não se trata, todavia, apenas do dever de ação ou proteção formal, mas de que a ação ou proteção seja *eficiente*.

Aqui é importante ter em consideração que a política criminal quanto à persecução penal é um plano estratégico que compreende vários atores, sendo exercido por meio de um conjunto de ações que se espriam nos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao Legislativo cabe desenvolver a elaboração das normas de cunho criminal, limitando a persecução criminal ao preceito da reserva legal.

O Executivo, sem embargo das ações sociais e econômicas, que são preventivas e certamente as mais importantes²⁵⁹, no exercício da ação *post delictum*, age por meio de dois órgãos – as agências de polícia e o Ministério Público. Cabe às autoridades policiais, de regra, efetuar as investigações sobre o fato criminoso, no afã de reunir os elementos necessários para o ajuizamento da ação penal. Ao Ministério postular, perante o Judiciário, a aplicação do direito, oportunidade em que a ação penal ou manifestação pela resolução da questão criminal na forma consensual se apresenta como espécie de ação coletiva, mediante a qual são defendidos os interesses difusos e coletivos do corpo social, no que diz respeito a não violação dos bens jurídicos tutelados pelas normas criminais, aí incluído o interesse da vítima. O Ministério Público, embora órgão pertencente ao Poder Executivo, em um processo penal democrático, não atua em nome do Governo, mas sim da sociedade, pois representa os interesses da vítima e dos demais membros do grupo social.

Por fim, o Judiciário, por meio do juiz, tem a missão de controlar e decidir sobre a persecução criminal, exercida tanto na fase investigatória quanto processual. O Judiciário, no exercício da jurisdição criminal, exerce o controle de legalidade constitucional da persecução criminal.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ “(3) *the degree to which the justice system limits the Power of government in relation to citizens ensred in the criminal process; and (4) the efficiency of the process*” (DRESSLER, Joshua. **Understanding criminal procedure**. 3. ed. New York: Lexis Nexis, 2002, p. 23). Os outros dois, são (1) a precisão dos veredictos e (2) a imparcialidade do próprio processo (Ibid.).

²⁵⁹ FERRI, não sem razão, em sua Sociologia criminal, assim como nos demais escritos, especialmente na obra *Princípios de direito criminal*, acentuava que a força intimidatória da pena, mesmo sendo ela a capital, é praticamente nenhuma, seja para o delinqüente nato, seja para o ocasional, devendo, por conseguinte, o Estado estabelecer estratégias preventivas com a atuação efetiva nas mais diversas áreas. Sobre a posição de FERRI quanto a não ser necessária a existência da pena de morte, Cf. **Sociologia criminal**, T. 2. Tradução Antonio Soto Y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, [189?], p. 298-304.

5.A. Persecução criminal na fase investigatória

A Constituição, ao organizar e cuidar de definir as atribuições da polícia judiciária e do Ministério Público, concentra a persecução criminal nas mãos desses órgãos: à polícia judiciária cabe, de ordinário, a atuação na fase investigatória, enquanto ao Ministério Público postular em juízo, embora sejam reconhecidos poderes investigatórios a esse órgão ministerial. Dessa maneira, exige-se, para a instauração do processo, que o órgão legitimado proponha a ação, não se admitindo, por conseguinte, o seu início de ofício. Isso faz com que vigore, em nosso ordenamento jurídico, o princípio (sistema) acusatório que, para a doutrina, implica a inércia da atividade jurisdicional, na ampla defesa e no contraditório, no tratamento igualitário das partes e na concepção de um processo que compreende a composição de litígio ou pretensão resistida. Ou seja, o princípio acusatório carrega embutidos vários outros princípios que impõem o desenvolvimento de uma relação processual mais democrática, na qual se rendem homenagens aos direitos fundamentais do acusado, o que não ocorre nos sistemas inquisitivo e misto.

Como consequência do princípio acusatório, com a finalidade de preservar a imparcialidade do juiz e garantir o tratamento isonômico, veda-se ao Poder Judiciário o desempenho de atividade investigatória na fase pré-processual, só devendo ser chamado, nessa fase, para resolver sobre a adoção de medidas ou a produção de provas que sejam limitadas por lei ou pela Constituição.

Por isso mesmo, o magistrado não pode dirigir a atividade investigatória nem dela participar em substituição à autoridade policial ou ao Ministério Público. Ele deve atuar como terceiro, no desiderato de controlar essa atividade investigatória, daí por que, em obséquio ao sistema acusatório, o juiz não pode participar, mesmo que a pretexto de *autorizar e legitimar* a ação policial em locais garantidos pela inviolabilidade do domicílio, das diligências investigatórias. A própria forma como é organizada a magistratura na Constituição demonstra que ao juiz não é dado exercer a função investigatória, até porque esta, como aqui já foi salientado, é uma das expressões do dever-poder do exercício da persecução criminal pelo Estado-Executivo, que se traduz em uma atividade preparatória à ação penal.

O sistema acusatório, que é a materialização da separação das funções de *acusar e julgar*, não se coaduna com a hipótese de se outorgar à magistratura o exercício de função destinada a preparar a elaboração da peça acusatória a ser apreciada pelo juiz. Não se mostra razoável que o juiz colabore com o Ministério Público na coleta dos elementos indispensáveis para que este ofereça a ação penal que vai, a final, ser julgada por ele próprio ou pelo poder judiciário.

O problema mais evidente quanto à participação do juiz na atividade investigatória diz respeito à imparcialidade que se exige da autoridade a quem é atribuída a missão de analisar, caso a caso, as hipóteses que podem ensejar a quebra de uma garantia constitucional. O juiz, ao ter participação na atividade preparatória ao ajuizamento da ação, desequilibra as posições entre autor e réu, ostentadas na futura relação do processo penal, pois o magistrado irá julgar sobre um fato que ele mesmo investigou. Não se pense que o problema seria resolvido facilmente com a conscientização do juiz quanto à necessidade de que ele separe mentalmente as suas duas funções. Estudos de psicologia judiciária demonstram que o juiz – mesmo que inconscientemente – vincula-se ao que foi descoberto com as investigações feitas por ele, o que compromete a sua isenção na avaliação das provas pertinentes à elucidação do caso.

O pior é que, consoante exposição de Afrânio Silva Jardim, a experiência brasileira do sistema inquisitivo é sobremaneira nefasta, porquanto o princípio da imparcialidade não tinha a menor eficácia. O juiz, além de partir de um convencimento formado antes do início do processo, na fase processual ele procurava, nas provas coligidas durante a instrução, a comprovação do que havia sido coligido na fase anterior²⁶⁰. Essa fase denominada *processo de conhecimento*, na prática, se tratava de um *processo de reconhecimento*.

²⁶⁰ *Direito Processual Penal*: estudos e pareceres, p. 86.

A tese aqui defendida foi sufragada na sua substância pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1570/DF, ao apontar vício de inconstitucionalidade no art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, diante da circunstância de a norma atribuir ao juiz a função de participar da diligência de coleta de provas, o que, no sentir da Suprema Corte, vulnera o *princípio da imparcialidade* do juiz. O referido julgado partiu da ideia de que arranha a cláusula do devido processo legal o fato de o juiz colher provas que servirão, mais tarde, como *fundamento fático-jurídico de sua própria decisão*. Na passagem de seu voto, o Ministro Maurício Corrêa, com apoio em precedente do Superior Tribunal de Justiça, com inteira procedência, alertou que, em decorrência mesmo de sua condição humana, o juiz, tendo realizado pessoalmente as diligências investigatórias, contamina a imparcialidade com que deve atuar no processo, daí por que essa atribuição, em decorrência do princípio acusatório, além de ser vedada, é desaconselhada.

Em alguns países, com a clara preocupação de obviar a quebra da imparcialidade decorrente do juízo de instrução, exemplo da França e da Argentina, o juiz que aprecia o processo para fins de julgamento é diferente daquele que intervém na atividade investigatória. No entanto, a circunstância de o *juiz julgador* ser diferente do *juiz preparador (investigador)* pode, é verdade, resolver ou minorar o impacto que tal atribuição representa à imparcialidade imprescindível de quem tem a missão de julgar o processo, porém não contorna a incongruência política e sistêmica que isso representa. Ademais, em nosso meio, o Ministério Público tem toda a possibilidade de assumir essa função, o que é bem mais recomendável.

Pela coerência de nosso sistema, não se admite esse tipo de atividade investigatória com a participação do juiz, pois isso não se coaduna com o princípio acusatório instaurado no nosso ordenamento jurídico após a Constituição ora em vigor. No instante em que a Constituição atual, expressamente, outorgou ao Ministério Público o monopólio na promoção da ação penal pública, não se mostra mais possível a existência de processo criminal sem que tenha havido provocação pela parte legitimada para a propositura da ação.

Com isso, se quer dizer que a jurisdição, no contexto do sistema acusatório, somente é exercida por meio do processo, de modo que o magistrado não pode deixar a posição de inércia antes do oferecimento da ação penal, para se transformar em agente investigador, saindo à procura de coleta das provas necessárias para que o Ministério Público ofereça a denúncia. A iniciativa que se reserva ao juiz contém-se nos limites da intervenção para autorizar a flexibilização de alguma garantia constitucional, decorrente da verdade processual que norteia o processo criminal. Claramente o legislador constitucional se inclinou em assegurar um processo criminal de partes, atribuindo ao autor e ao acusado igualdade no processo e estabelecendo, no art. 144, às polícias civil e federal as funções de polícia judiciária. Ainda assim, o constituinte, no art. 129, inciso VIII, atribuiu ao Ministério Público o poder não só para requisitar a instauração de inquérito policial, mas também de ele mesmo se debruçar na apuração de fatos tidos como ilícitos, com a requisição de diligências investigatórias. Percebe-se, portanto, que, constitucionalmente, o poder investigatório está reservado à polícia judiciária e ao Ministério Público, não se cogitando da participação do juiz na fase pré-processual, na qualidade de investigador ou de agente interessado na persecução criminal.

A coleta de provas, antes da instauração do processo judicial, decorre da legitimidade para o exercício da persecução criminal que, no nosso sistema, é confiado, de regra, na fase pré-processual, à polícia judiciária e, na processual, ao Ministério Público.

Não se pode deixar de ter em mente que se o dever-poder do exercício da persecução penal pertence ao Estado, sendo uma função típica do Poder Executivo, que a executa por meio da polícia judiciária e do Ministério Público, mas que só pode ser materializado mediante o devido processo legal, depois de reconhecido esse direito em decisão proferida do Poder Judiciário, a quem competirá controlar essa persecução criminal do Estado-administração. Esse entendimento que defendemos no artigo *Crime organizado: a nova lei*, foi sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1570 tendo o Ministro Maurício Corrêa asseverado, ao transcrever o entendimento ali exposto, "... que o art. 3º da Lei nº 9.034 /95 é inconstitucional, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade investigatória

preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República”²⁶¹.

A despeito desse entendimento do STF, no caso conhecido como Operação Navalha, a Ministra Eliana Calmon do STJ, devido ao foro por prerrogativa de função, assumiu a direção do próprio inquérito policial. Dessa forma, houve, no caso, afronta ao princípio acusatório. Ora, a prerrogativa de função diz respeito ao processo, não ao inquérito. Esse fato, porém, não tem o condão de acarretar nulidade, pois as irregularidades do inquérito não contaminam o processo. De qualquer sorte, a Ministra Eliana Calmon, devido a sua participação no inquérito como autoridade investigadora, não se há de duvidar, está impedida de funcionar no respectivo processo.

Essa linha de pensamento, aliás já tinha sido acentuado, faz algum tempo, pelo STF, no julgamento do RHC 84.903 RN, ao asseverar que “A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária”²⁶², até porque “A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste ‘autoridade investigadora’, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações.” A exceção a essa regra ocorre nos casos em que a imputação criminosa é apontada para juiz ou membro do Ministério Público.

Mesmo assim, na operação *Hurricane*, devido à existência de envolvido com direito a prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, o próprio inquérito foi dirigido pelo Ministro Cezar Peluso. Isso porque, na apreciação da questão de ordem suscitada no Inq 2411/MT, em decisão do Pleno, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes, por maioria, fic00000ou assentado que, diferentemente da regra geral, quando se trata de pessoa com prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, tanto o processo quanto o inquérito há de tramitar perante a Suprema Corte. Pela relevância da matéria, a ementa do acórdão merece transcrição em sua inteireza²⁶³:

EMENTA: Questão de Ordem em Inquérito. 1. Trata-se de questão de ordem suscitada pela defesa de Senador da República, em sede de inquérito originário promovido pelo Ministério Público Federal (MPF), para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) defina a legitimidade, ou não, da instauração do inquérito e do indiciamento realizado diretamente pela Polícia Federal (PF). 2. Apuração do envolvimento do parlamentar quanto à ocorrência das supostas práticas delituosas sob investigação na denominada “Operação Sanguessuga”. 3. Antes da intimação para prestar depoimento sobre os fatos objeto deste inquérito, o Senador foi previamente indiciado por ato da autoridade policial encarregada do cumprimento da diligência. 4. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente “notitia criminis”, diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: INQ no 149/DF, Rel. Min. Rafael Mayer,

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBVERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Classe: ADI – Processo: 1.570, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da decisão: 12/02/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 4 fev. 2005.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, I. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: INQUÉRITO POLICIAL: EXCEÇÃO ATINENTE À MAGISTRATURA (LOMAN, ART. 33, PARÁG. ÚNICO): DISCUSSÃO QUE, NO CASO, RECEBIDA A DENÚNCIA POR DECISÃO DEFINITIVA, É DESNECESSÁRIO APROFUNDAR, POIS SE IRREGULARIDADES OCORRERAM NO INQUÉRITO, NÃO CONTAMINARAM A AÇÃO PENAL: PREJUÍZO CONCRETO NÃO DEMONSTRADO. Relator Ministro SEPÚLVIDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, um. Data da Decisão 16/11/2004. Disponível em: Acesso em: 4 de jun. de 2007.

²⁶³ Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Data da decisão: Acesso em: 14 jan. 2013.

Pleno, DJ 27.10.1983; INQ (AgR) no 1.793/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, maioria, DJ 14.6.2002; PET – AgR – ED no 1.104/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ 23.5.2003; PET no 1.954/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJ 1º.8.2003; PET (AgR) no 2.805/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ 27.2.2004; PET no 3.248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 23.11.2004; INQ no 2.285/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 13.3.2006 e PET (AgR) no 2.998/MG, 2ª Turma, unânime, DJ 6.11.2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 5. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, “b” c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado.

Seja como for, o Supremo Tribunal Federal, na apreciação do HC nº 92.893, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski²⁶⁴, em decisão unânime do Pleno, salientou que mesmo no caso de processos penais originários, perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, a atribuição conferida ao relator, nos respectivos regimentos internos, não se distingue daquela inerente aos juízes singulares, de modo que o relator, pela circunstância de presidir a instrução, não se torna impedido para funcionar no processo, até porque o julgamento é realizado pelo órgão colegiado competente de acordo com a regra constitucional.

Sublinhe-se, por fim, que, conforme realçado no item 5.A.4, *infra*, no desiderato de consolidar, em nosso meio, a cultura do sistema acusatório e, ademais, alinhar o nosso sistema às diretrizes do processo penal moderno, a Lei nº 13.964, de 2019 e o projeto de novo Código de Processo Penal fazem a previsão da figura do *juiz das garantias*, de modo a afastar, de uma vez por todas do processo principal, o magistrado que tenha atuado na fase pré-processual, ainda que apenas no sentido de apreciar e decidir sobre o requerimento de diligências formuladas no interesse da pretensão acusatória.

5.A.1. A investigação no modelo do CPP de 1941

Consoante salientado linhas acima, o Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, foi pensado como um *instrumento de força* a ser manejado pelo Estado para *combater* a criminalidade, concebendo o ambiente processual como uma arena, na qual é travada verdadeira *guerra* entre o *bem* e o *mal*.

A sua eficiência não estava na proteção dos direitos da pessoa investigada ou acusada, mas, sim, em conseguir a punição. O escopo da persecução criminal passou a ser descobrir a

²⁶⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo>. Data da decisão: 02/10/2008. Acesso em: 14 jan. 2013. Na parte que interessa, a ementa do julgado está assim redigida: “I – As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II – Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III – Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária. IV – O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal”.

verdade, a chamada *verdade real* – algo que ontologicamente não existe e, ainda que possível fosse, o fim principal do processo não deve ser esse²⁶⁵. Nesse desenho, o que importa para o processo, e especialmente para o juiz, o responsável em *combater o crime*, é descortinar a verdade, sendo irrelevante o meio empregado: *os fins justificam os meios*. Em outras palavras, é o *vale tudo na persecução penal*, no desiderato de conseguir a punição.

Tendo em conta essa perspectiva, a doutrina e a jurisprudência nacionais eram complacentes quanto à forma empregada para a produção das provas, privilegiando-se o *descobrimento da verdade*, sem embargo da aplicação do princípio da proporcionalidade e da necessidade da demonstração do prejuízo, mesmo nos casos de nulidade absoluta, a fim de escoimar o vício contido no ato processual, sendo mantida até hoje essa tendência jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça²⁶⁶.

Essa intenção política embutida no CPP descaracterizou a figura do juiz, na medida em que o fez assumir uma atuação proativa no processo e mesmo na fase pré-processual, ao tempo em que o Ministério Público não foi concebido como parte e o acusado – assim como o ofendido, diga-se –, foi tratado como *mera prova*, isto é, *uma coisa*, não como sujeito de direitos na relação processual. O acusado passou a interessar ao processo tanto quanto ele valia como *prova*, não como *parte* a quem deve ser assegurada a ampla defesa e tem interesse legítimo a ser defendido no feito, como algo inerente à condição humana.

Aquela época, já se bradava contra os excessos praticados pelas autoridades policiais na condução dos inquéritos, que não se submetia ao *controle judicial*. Para obviar o problema, muitos países da Europa Continental começaram a adotar o chamado *juízo de instrução*, atribuindo a um juiz a missão de fazer a investigação pré-processual. Com o passar do tempo, o juiz foi dando lugar ao Ministério Público quanto ao desempenho da atividade investigatória, passando a assumir uma posição de controle quanto aos excessos.

Esse modelo, no entanto, foi rechaçado na feitura do CPP de 1941, conforme consta na sua exposição de motivos, preferindo-se, portanto, em nosso meio, a conservação do inquérito policial *descontrolado*, ao argumento de que as dimensões continentais do território nacional com a existência de remotos distritos das comarcas do interior, exigiria do juiz o dom da ubiquidade, não se compreendendo como ele pudesse “... presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando... com os meios de condução ainda praticados... vários dias de viagem”²⁶⁷.

O viés inquisitivo do processo penal, com preocupação voltada para angariar os elementos para a aplicação da sanção, restou realçado na fase pré-processual, exercendo a autoridade policial autonomia alargada para proceder as investigações, *sem controle judicial*, ademais de contar com o *auxílio incondicional do juiz*, na condução da investigação. A missão do juiz não era *controlar* a investigação, mas, sim, *auxiliá-la*.

Com efeito, a atuação do magistrado nesse momento da persecução criminal foi estimulada apenas no sentido de contribuir com a investigação, sendo-lhe conferidas as tarefas de (a) *requisitar* a instauração do inquérito policial, ou seja, determinar que a polícia apure o fato criminoso (art. 5º, II, primeira parte, do CPP); (b) decidir sobre a dilação do prazo de encerramento da investigação (art. 10, § 3º, do CPP); (c) interferir nos rumos da investigação, podendo decidir, pela realização de diligências que entender pertinentes (art. 13, II, do CPP); (d) receber a representação do ofendido autorizando a investigação em crime de ação penal pública condicionada (art. 39, caput e § 4º, do CPP); (e) decretar o sequestro (art. 127 do CPP); (f) determinar, de ofício, a produção de prova (art. 156 do CPP, redação originária), a busca e apreensão (art. 242 do CPP) e a prisão preventiva, na fase do inquérito ou do processo (art. 311 do CPP, redação originária). Enfim, juiz tinha uma atuação na fase investigatória mais ativa do que o

²⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol. I, 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 564.

²⁶⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 464.

²⁶⁷ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Código de processo penal brasileiro**. v. 1, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1943, p. 43.

próprio Ministério Público.

Em verdade, na ideia originária do CPP, intuindo que o juiz, assim como a autoridade policial, estava envolvido e era também interessado no descortinamento da verdade e na punição do infrator, o legislador o escolheu como o destinatário dos autos do inquérito policial (art. 10, § 1º, do CPP).

O juiz ficava alheio à investigação, salvo quando lhe convinha participar ativamente, com a finalidade de cooperar com a investigação. A autoridade policial não necessitava de permissão judicial para os atos de diligência, sequer quando se tratava de busca e apreensão, tendo em consideração a dicção normativa do art. 242 do Ordenamento Processual Penal e a Constituição então vigente – e perdurou até a Constituição de 1988. Consoante lembrava Câmara Leal²⁶⁸, “A autoridade, quer policial, quer judiciária, poderá determinar a busca e apreensão... desde que tenha conhecimento da ocultação ou existência de objetos a serem apreendidos, ou a requerimento da parte interessada”.

Ou seja, sequer quando se tratava de diligência que importava na flexibilização de um direito fundamental da envergadura da inviolabilidade do domicílio, garantida em todas as Constituições brasileiras²⁶⁹, não se exigia autorização judicial, podendo o delegado de polícia atuar livremente, sem nenhum controle prévio. Pior. A autoridade policial, independentemente de autorização judicial, podia determinar a *incomunicabilidade do indiciado* (art. 21, caput, do CPP, redação originária), sem embargo de se admitir, sob o império da Constituição de 1937 – e de todas as outras que a sucederam, excetuando a atual –, à autoridade policial efetuar as chamadas prisões para averiguações.

Para incrementar o descontrole da atividade investigatória pré-processual, sob o dogma de que o inquérito policial se constituía em mera peça informativa, a doutrina tradicional²⁷⁰, acompanhada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que as nulidades do inquérito policial não tinham o condão de contaminar o processo²⁷¹.

De outra banda, apesar de o Supremo Tribunal Federal asseverar em reiterados julgamentos que o sistema processual penal brasileiro, mercê do que dispõe a Constituição de 1988, passou a ser o acusatório²⁷², o juiz em nosso meio continuou com o seu *protagonismo na investigação*. Além de manter essa atribuição, com a Constituição de 1988 o juiz adquiriu nova missão institucional nessa fase da persecução criminal, a saber, decidir sobre a flexibilização de direito fundamental, quando necessária a medida para a realização de diligências como busca e apreensão, interceptação de comunicação telefônica e correspondência, quebra de sigilos bancário, fiscal e de dados etc. O juiz passou a ter tríplice função: (a) auxiliar a investigação; (b) decidir sobre a flexibilização dos direitos fundamentais durante a investigação; e (c) processar e julgar a pretensão acusatória.

De outra banda, o Ministério Público, paulatinamente, assim como verificado em alguns países como Alemanha (1974), Itália (1988) e Portugal (1995)²⁷³ – que suprimiram a figura do juiz instrutor e colocaram o *parquet* na chamada *instrução preliminar*, criando, assim, a figura do

²⁶⁸ Idem, p. 99.

²⁶⁹ O primeiro texto de que se tem notícia que cuidou de prever a inviolabilidade do domicílio foi a Carta inglesa de 1215, garantia que restou incorporada na Quarta Emenda à Constituição americana (VILE. John R. **A companion to the United States constitution and its amendments**. 3. ed. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2001, p. 153).

²⁷⁰ Cf. SALLES JR., Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 7; e TOURINHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 35. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 63.

²⁷¹ A guisa de confirmação dessa assertiva, veja-se parte da ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em habeas corpus relatado pelo Ministro Pedro Aciole, “O inquérito policial é mera peça informativa, destinada à formação da opinião delicti do Parquet, simples investigação criminal, de natureza inquisitiva, sem natureza de processo judicial, mesmo que existissem irregularidades nos inquéritos policiais, tais falhas não contaminariam a ação penal. Tal entendimento é pacífico e tão evidente que se torna até mesmo difícil discuti-lo” (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 889).

²⁷² HC 193.053/MG. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC193053.pdf> Acesso em: 20 jan. 2021.

²⁷³ AMBOS, Kai; CHOUKR, Frauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América latina**. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 22.

promotor investigador – começou a se imiscuir na apuração dos fatos antes do ajuizamento da ação penal, mudança de paradigma que atingiu o seu apogeu com o aresto do Supremo Tribunal Federal, exarado sob o regime de repercussão geral no RE 59.727/MG²⁷⁴, que reconheceu ao órgão ministerial *poderes investigatórios*, sendo, todavia, realçados os seus limites, especialmente quanto às hipóteses de *reserva de jurisdição*.

Se em outros sistemas jurídicos o Ministério Público entrou na investigação para assumir a coordenação dos trabalhos, com a conseqüente saída do juiz por outra porta a fim de assumir uma posição de controle de legalidade, no nosso meio os poderes investigatórios foram conservados nas mãos dos juízes.

Criou-se o *sistema 3 (três) em 1 (um)*, ou *dos 3 (três) contra 1 (um)*: polícia, promotor/procurador da República e juiz de um lado, enquanto, do outro, o investigado, aqui e ali assistido por um advogado.

O detalhe importante – para não dizer drástico – é que o magistrado brasileiro, nessa fase investigatória, a um só tempo, desempenha a função de investigador e de *juiz* dos poderes investigatórios da autoridade policial e dos membros do Ministério Público. Em alguns momentos, ele age como investigador, em outros, como terceiro desinteressado na investigação em si. Isso sem falar que lhe cabe, ainda, processar a persecução penal e julgar o caso.

5.A.2. Atuação do juiz na investigação e teoria da dissonância cognitiva

A participação do juiz na fase da investigação, detendo interesse próprio na apuração dos fatos no desiderato de descobrir a *verdade* em prol da punição do infrator, não é compatível com o sistema acusatório, que tem como norte a atuação do juiz na qualidade de terceiro desinteressado, no escopo de dirimir os eventuais conflitos entre os que possuem interesses distintos nos rumos da apuração dos fatos.

Essa *função ativa* na investigação é própria do magistrado do modelo inquisitivo ou misto, o que tem o condão de comprometer a *imparcialidade* durante a fase processual. Muitos juízes se incomodam com essa assertiva, ao argumento de que quem efetivamente está preparado para o exercício da atividade jurisdicional não se deixa influenciar em razão dessa atuação institucional híbrida – na fase investigatória e na processual. Outros defendem o modelo, dizendo que não adotam postura ativa na investigação dos crimes, atuando apenas se e quando necessária a intervenção judicial diante da necessidade de decisão judicial sobre a pertinência, ou não, da autorização de diligência que importa na relativização de direito fundamental.

Esses dois fundamentos são desconstruídos pela denominada *teoria do padrão objetivo de imparcialidade*. O juiz precisa *parecer* imparcial. Não basta ser. Como fica a cabeça do investigado, sabendo que o juiz que decretou a quebra dos seus sigilos bancário, fiscal e de dados, determinou a busca e apreensão em sua residência e, ainda, a sua prisão processual, é o mesmo juiz que vai julgá-lo? Qualquer pessoa – aí incluído o leitor – predisposta a experimentar a sensação de sentar no *banco dos réus*, certamente vai preferir que seja outro o juiz responsável pelo exame das provas e o julgamento em si do caso. É muito mais saudável em todos os aspectos. Pode-se até dizer – o que não parece corresponder à realidade –, que a implantação de sistema dessa natureza é dispendiosa para os cofres públicos. Porém, como veremos, ainda que de soslaio, essa assertiva dos custos não procede.

Todavia, é difícil encontrar argumento para convencer que é melhor o juiz, ainda que de forma não tão ativa, a um só tempo, participar da investigação e ser o responsável para o julgamento. A não ser, é claro, se a reflexão se faz com a *cabeça* de quem tem intensão de deter tantos poderes; ou então desde que a pessoa a ser jugada seja *a outra*. Ou, então, se parta do

²⁷⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 27 set. 2020.

argumento de que melhor julga o juiz que investiga ou participa da investigação. Será mesmo? Não parece se coadunar com a realidade esse fundamento.

A *lógica das coisas* está a revelar que a mera participação do juiz na fase investigatória para o fim de controlar os poderes investigatórios da autoridade policial e do Ministério Público, mercê da reserva de jurisdição no tema referente à flexibilização de direito fundamental como medida indispensável para a apuração dos fatos, já compromete a cláusula universal da *imparcialidade do juiz*.

Principalmente no modelo brasileiro no qual alguns juízes entendem que os preceitos normativos que conferem poder de *ação* do juiz na fase da investigação não são incompatíveis com o modelo de ordenamento jurídico instaurado pela Carta de 1988, pelo que participam ativamente da investigação e, posteriormente, vestem a *toga da imparcialidade* para julgar os fatos por ele investigados ou cuja apuração contou com a sua pronta atuação.

Seja como for, no momento em que o juiz se desloca de sua função judicante no escopo de auxiliar na coleta dos elementos de prova para servirem de base ao oferecimento da ação ou para a prolação de sentença condenatória, tem-se o desequilíbrio entre autor e réu, quer na fase investigatória, quer na processual.

Permitir que o magistrado responsável pelo julgamento participe da fase investigatória, por linhas transversas, é como se previsto ou admitido fosse em nosso sistema o *juízo de instrução*. Sobre o assunto, a psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente de o juiz participar da instrução é a sua *vinculação* – ainda que inconsciente – às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção as provas pertinentes à elucidação do caso, produzida pela defesa na fase do processo. A procedência dessa assertiva se revela ao observar-se que, em alguns países nos quais se adota o juízo de instrução, o magistrado que julga é diferente daquele que investiga.

Cabe aqui relembrar do julgamento da ADI 1570/DF, em que o STF acolheu a tese de inconstitucionalidade do então art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, cujo vício apontado residia na circunstância de a norma ter atribuído ao juiz a função de participar da diligência de coleta de provas, algo argumento de que se atritava com o princípio da *imparcialidade* do juiz²⁷⁵.

O comprometimento da imparcialidade acontece mesmo quando o juiz intervém na investigação apenas para apreciar pedido de flexibilização de direito fundamental. Com efeito, um juiz, quando é chamado para decidir sobre uma busca e apreensão, por exemplo, fica na expectativa do êxito da diligência expressada em um ato de força e ingerência na intimidade de todos os que habitam o local. Intimamente, em especial nas grandes operações, o juiz torce para que a *ação policial* por ele autorizada obtenha o sucesso imaginado.

Isso sem falar daqueles casos em que a investigação, pela complexidade, ademais de exigir a intervenção do juiz para decidir sobre pedidos de quebra dos sigilos bancário, fiscal e de dados, interceptação de comunicação e de busca e apreensão, atua na fase pré-processual por longo tempo. Isso é especialmente danoso quando se trata de interceptação telefônica, em que o juiz precisa decidir a cada 15 (quinze) dias quanto à prorrogação ou não do prazo, sendo necessário examinar o conteúdo dos diálogos monitorados. É inescandível que, nesse caso, o juiz, ainda que indiretamente, participa da apuração por lapso temporal considerável, às vezes por anos.

A despeito disso, há estudo científico a revelar que a mera atuação do juiz na investigação, circunscrita ao exame dos pedidos de relativização de direito fundamental, gera a probabilidade concreta de que a sua imparcialidade seja comprometida, servindo a fase processual apenas para formalizar o entendimento firmado ainda no momento do inquérito policial.

Leon Festinger²⁷⁶, Professor da *New School for Social Research* de Nova Iorque, desenvolveu a *teoria da dissonância cognitiva*, que compreende a afirmativa de que vários fatores determinam a pessoa a defender uma posição pública diferente do que ela efetivamente pensa a respeito. Ele adota a premissa de que o ser humano, ao longo de sua vida, adquire convicções a

²⁷⁵ Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

²⁷⁶ *A theory of Cognitive dissonance*. Stanford: Stanford University Press. 1985.

partir das suas experiências de vida e procura agir de acordo com essas convicções²⁷⁷. Todavia, de outra banda, em várias situações, há uma *dissonância* entre o que a pessoa *acredita* que é o certo e o seu *comportamento* ou como se *posiciona*, de modo a gerar *desconforto psicológico*, pelo que é natural procurar minimizar a incongruência e evitar obter ou dar credibilidade a informações que lhe retirem da *zona de conforto*²⁷⁸.

Bernd Süchemann realizou estudos empíricos para comprovar a validade da teoria da dissonância cognitiva em relação aos juizes na área criminal que participam, ainda que indiretamente, da fase investigatória. A partir de pesquisas empíricas, ao analisar o comportamento psicológico dos juizes, chegou à conclusão de que o conhecimento dos autos do inquerito tem o condão de levá-los a formar uma concepção sobre o crime, de modo que o *efeito perseverança ou inércia* ou mecanismo de *autoafirmação da hipótese preestabelecida* induz à superestimação das primeiras informações, ao passo que as dissonantes são subavaliadas²⁷⁹. Psicologicamente, o juiz faz uma busca seletiva de informações no sentido de ratificar a *preconcepção*²⁸⁰, situação que é particularmente agravada quando o juiz assume *postura de investigador*, pois nesse caso há uma clara tendência de julgar conforme a ideia preconcebida oriunda de sua atuação, relegando as novas informações surgidas no processo judicial, que está submetido ao contraditório.

Incide igualmente nessa forma de decidir a chamada *teoria da comparação social*, segundo a qual, em questões complexas, a razão de decidir pelo juiz é fomentada pela posição precedente assumida por uma pessoa que ele admite como adequada a uma comparação comportamental²⁸¹, como é o caso da autoridade policial, com quem o juiz na investigação compartilha informações e análises.

5.A.3. Juiz das garantias para assegurar a imparcialidade do juiz e o controle de legalidade da investigação

A verdade científica quanto ao comprometimento da imparcialidade exalada da *teoria da dissonância cognitiva* serviu de lastro para que diversos países, no afã de aprimorar seus respectivos sistemas, progressivamente passassem a adotar a figura do chamado juiz das garantias, na medida em que excluir completamente a intervenção jurisdicional deixaria os direitos fundamentais sem amparo durante o momento da investigação. A nomenclatura empregada evidencia que o papel do juiz na investigação não é *investigar*, mas controlar os *poderes investigatórios*.

Essa diretriz foi emanada do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em diversos julgados, especialmente no Caso Cubber v. Bélgica (1984), quando entendeu pela malferição do artigo 6, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, no que diz respeito ao direito a um *julgamento imparcial*, pelo fato de um dos juizes do julgamento ter praticado anteriormente atos investigatórios e decretado a prisão do acusado²⁸². Giacomolli salienta que, após essa decisão, criou-se o adágio de que o *juiz que investiga não pode julgar*, a ponto de levar o Tribunal Constitucional da Espanha a declarar a inconstitucionalidade de dispositivo da legislação

²⁷⁷ MORVAN, Camille; O'CONNOR, Alexander J. *An analysis of Leon Festinger's a theory of Cognitive dissonance*. London: Macat International Ltd., 2017, p. 10.

²⁷⁸ *A theory of Cognitive dissonance*, p. 10.

²⁷⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental*. Revista Liberdades, n° 11, p. 34, 2012. http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140.

²⁸⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental*.

²⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental*, 42.

²⁸² Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/rus#_ftn1. Acesso em: 29 set. 2020.

espanhola que “... permitia a concentração das funções de investigar e julgar no mesmo juiz (juizado de instrução na Espanha)”²⁸³.

O Código de Processo Penal de Portugal, editado em 1987, ademais de seguir o modelo acusatório, colocou o Ministério Público na direção do inquérito policial, competindo ao juiz, nada obstante a nomenclatura de *juiz instrutor*, atuar como um lido juiz das garantias, na medida em que não possui iniciativa probatória, atuando como garantidor de direitos²⁸⁴. A Itália, na edição do Código de Processo Penal de 1989, seguiu a mesma orientação, substituindo o juízo da instrução pelo *giudice per le indagini preliminari*, cujo papel é cuidar da legalidade da investigação, não podendo participar do julgamento²⁸⁵.

Esse movimento se fez sentir na América Latina. Ainda no ano de 1988, foi elaborado o Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América, tendo como modelo o sistema acusatório, com a substituição do juiz pelo Ministério Público na fase investigatória, a fim de garantir ao acusado o direito de ser julgado por um juiz objetivamente imparcial²⁸⁶. A par disso, diante da necessidade da realização de qualquer diligência que importe em quebra de garantia constitucional, a solicitação deve ser endereçada ao *juiz de investigação ou de garantias*, que atua na fase de investigação apenas para esse fim, mas, mesmo assim, não pode participar do julgamento.

O Paraguai instituiu a figura do juiz das garantias no Código de Processo Penal de 1997²⁸⁷. O Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires de 1988 adotou a mesma solução²⁸⁸. O Chile, certamente o sistema processual penal mais avançado da América do Sul, editou o seu código, prevendo o juiz das garantias, no ano de 2000.

O Brasil se alinhou a esse movimento, ao participar ativamente da elaboração do Código de Processo Penal Tipo Ibero-América. Em razão desse compromisso internacional, o projeto de novo Código de Processo Penal aprovado no Senado em 2010, do art. 14 ao 17, disciplinou o juiz das garantias²⁸⁹. Seguindo essas pegadas, a Lei nº 13.964, de 2019, enfim, criou o instituto do juiz das garantias.

Como se observa, faz algum tempo o instituto do juiz das garantias é discutido em nosso meio, tendo o Brasil assumido compromisso em *internalizar* o juiz das garantias. Não procede, assim, o argumento dos críticos de que o instituto surgiu a *sorrelfa*, sem prévia discussão. Muito menos merece guarida a afirmativa de a implantação em nosso sistema da figura do juiz das garantias tenha sido uma resposta à chamada operação Lava Jato. Movimento nesse sentido quanto à incorporação do instituto do juiz das garantias, que não surgiu dentro do ambiente brasileiro, apareceu muito antes da operação em foco.

E mais. Conforme visto, antes da Lava Jato o instituto do juiz das garantias já tinha sido incluído no projeto do novo CPP, com aprovação no Senado. Pode-se dizer, é claro, que a operação em destaque tenha incentivado a inclusão do juiz das garantias no chamado Pacote Anticrime, o que efetivamente ocorreu. Mas não corresponde à realidade a afirmativa de que a intenção de criar em nosso meio o instituto só tenha surgido em razão da Lava Jato.

Desmistificada a crítica com esse fundamento, resta esclarecer outro ponto importante. *Prima facie*, o exegeta é levado a acreditar que houve apenas a separação entre o juiz da fase pré-processual e o do processo. Entretanto, o modelo brasileiro vai bem além.

²⁸³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁸⁴ PIMENTA, José da Costa. **Código de processo penal anotado**. 2. ed., Lisboa: Rei dos Livros, [?] p. 19.

²⁸⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, 224.

²⁸⁶ AMBOS, Kai; CHOKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 251.

²⁸⁷ DUARTE, Christian Marcelo Bernal. Reforma del proceso penal em Paraguay y el juez penal de garantias y sus funciones. In: **Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177

²⁸⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 56.

²⁸⁹ Projeto de Lei nº 159, de 2009, aprovado pelo Senado Federal em 2010, ainda pendente de apreciação pela Câmara dos Deputados.

Primeiro, a atuação do juiz das garantias não se circunscreve à fase investigatória. A competência do juiz das garantias vai da fase pré-processual até o ato de designação da audiência de instrução e julgamento (art. 399 do CPP). Assim, conquanto ainda seja correto dividir a persecução criminal em pré-processual e processual, possuindo esta as fases postulatória, saneadora, de instrução e julgamento, recursal e executória, agora, quanto à competência jurisdicional, há uma *fase intermediária*, que é da alçada do juiz das garantias, e a de *instrução e julgamento*, que recai sobre o juiz responsável, a quem compete basicamente, conduzir a instrução oral produzida em audiência e proferir a decisão sobre o mérito da pretensão acusatória.

Essa fase processual intermediária engloba as fases postulatória e do saneamento, com a designação da data de realização da audiência de instrução e julgamento, quando não acatada a rejeição da ação penal ou a absolvição sumária (art. 3º-B, XIV do CPP). Portanto, cabe ao juiz das garantias, na fase processual, (a) decidir sobre o recebimento, ou não, da ação penal (art. 396, primeira parte, do CPP); (b) determinar a citação do acusado, se for o caso de aceitação (art. 396, segunda parte, do CPP); (c) analisar a resposta da defesa sobre as teses agitadas quanto à rejeição da peça inicial e ou o julgamento antecipado do processo, por meio da absolvição sumária (art. 397 do CPP), com a consequente confirmação do recebimento da denúncia ou queixa, se rechaçados os argumentos, e designação de data para a realização da audiência de instrução e julgamento, cabendo-lhe providenciar as intimações do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, quando houver, do assistente e do querelante (art. 399 do CPP).

É apenas na fase do 399 do CPP que o juiz das garantias encerra o seu ofício jurisdicional, passando o processo a ser da alçada do *juiz da instrução e julgamento*.

Devido a essas circunstâncias, opera-se a distribuição de competência entre o *juiz das garantias* e o *juiz da instrução e julgamento* conforme as fases do processo, do mesmo modo como ocorre, por exemplo, no procedimento relativo ao tribunal do júri²⁹⁰. É a chamada *competência funcional*. Verifica-se uma divisão de trabalho entre magistrados. O que era feito por apenas um juiz, agora exige dois, sem que, com isso, seja correto afirmar que o número de juizes precisa ser duplicado, simplesmente porque a medida não importa no aumento de trabalho ou da quantidade de processos.

Como afirmado, alvitra-se a divisão de trabalho entre os julgadores, podendo o magistrado, em alguns processos, conforme o critério de distribuição estabelecido, atuar como juiz das garantias e, em outros, como *juiz da instrução e julgamento*. Com essa observação, afasta-se a crítica de que a implantação do juiz das garantias implica em aumento de despesa para o Judiciário, pois a implementação dessa figura pode ser feita independentemente da criação de novos cargos ou órgãos, não importando, assim, em aumento de despesa. Repita-se, trata-se de uma questão de divisão de trabalho.

Outro aspecto que precisa ser ressaltado é que, para todos os efeitos, foi *aberta uma nova porta do Judiciário*, a fim de *jurisdicionalizar* a fase investigatória. Aqui depara-se com fenômeno jurídico similar ao que se experimentou em nosso meio quando da edição da Lei nº 7.210, de 1984, com a *jurisdicionalização* da execução penal²⁹¹, de maneira que, em tese, toda e qualquer questão referente à *legalidade da investigação* pode ser suscitada pelo investigado perante o juiz das garantias. Fecha-se o ciclo da *processualização* da persecução criminal, iniciado na segunda metade do Século XVIII, sob o comando da voz e da escrita de Beccaria.

A despeito de o juiz das garantias não poder praticar atos investigatórios – isso restou expresso no art. 3º-A do CPP, ao vedar a iniciativa probatória do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação – o ambiente da investigação deixou de ser território exclusivo da autoridade policial e ou do Ministério Público.

²⁹⁰ Há duas fases no procedimento do tribunal júri, sendo a primeira da competência do juiz singular, enquanto a segunda do júri popular, havendo, assim, uma divisão de competência, conforme as etapas do processo (Cf. itens 4.3.1 e 5.3.2, infra.)

²⁹¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Execução penal no sistema penitenciário federal**. Natal: OWL, 2020, p. 1470.

O juiz fica impedido de participar da investigação como se inquisidor fosse ou então apenas se e quando chamado para decidir sobre a relativização de direito fundamental. Muito pelo contrário. Ele agora tem a alta missão de exercer o controle da legalidade dos atos investigatórios.

A assertiva acima não é mera retórica. No desiderato de evidenciar que o aspecto mais importante e inovador do juiz das garantias é o *controle da legalidade* da investigação criminal pontuada no art. 3º-B, caput, do CPP, mais adiante, no inciso IV, está esclarecido que o magistrado deve ser informado sobre a instauração de *qualquer investigação*. Ou seja, a norma é endereçada a qualquer legitimado a promover investigação criminal, seja a autoridade policial ou o Ministério Público.

A partir da entrada em vigor do dispositivo em foco, não deverá haver mais uma única investigação criminal no país que não seja do conhecimento do respectivo juiz das garantias competente²⁹². É algo similar ao que ocorre com a detenção em flagrante. O ato tem de chegar ao conhecimento do juiz. Aliás, lamenta-se que o legislador não tenha tido a acuidade de tratar de estabelecer o prazo para que o titular da investigação informe ao juiz das garantias sobre a instauração do procedimento apuratório. O prazo de 24 horas, previsto para o envio do auto de prisão em flagrante, parece razoável, devendo ser aplicado por analogia.

A regra da comunicação vale para os inquéritos policiais e para os procedimentos de investigação criminal – PIC, a cargo dos membros do Ministério Público. Enfim, a todo e qualquer espécie de apuração de crime, na medida em que, no ponto, o legislador foi peremptório, ao preceituar dentre as competências do juiz das garantias, “ser informado sobre a instauração de *qualquer investigação criminal*” (art. 3º-B, IV, do CPP. Grifos acrescentados). Como se vê, essa nova ordem de coisas representa um avanço e tanto.

E mais. O juiz das garantias, no afã de racionalizar o comando do inciso X do mesmo artigo, pode determinar, valendo-se da facilidade do processo eletrônico, a distribuição do inquérito policial ou do PIC, de modo que todo o andamento da investigação seja acompanhado pelo juiz, pelo Ministério Público, pelo investigado e, até mesmo, pela vítima, salvo em relação a esses dois últimos quanto ao que estiver em sigilo²⁹³.

Com a adoção dessa estratégia, a pessoa, para saber sobre o andamento de investigação instaurada contra si, não precisará mais se dirigir à delegacia. Poderá bater à porta do juiz das garantias e, ainda, se cadastrar nos autos eletrônicos, no propósito de acompanhar à distância a investigação, sendo informado dos atos praticados, exceto, claro, quanto ao que estiver em sigilo, o que só é admissível caso o conhecimento tenha o condão de atrapalhar diligências que estão em curso ou prestes a serem iniciadas.

Acredita-se que esse preceito legal terá o condão de diminuir o número de investigações instauradas, pois o *investigador*, para tanto, terá de reunir elementos suficientes a revelar a existência de *fundamento razoável*. A decisão do juiz a respeito não requer provocação por parte do investigado, até porque, em muitos casos, ele nem sabe ainda que uma apuração foi instaurada contra si. Aliás, a provocação para fins do pronunciamento judicial se dá com o envio da informação da instauração da investigação. Ademais, pode ser que não haja, sequer, suspeito ou investigado identificado.

Especial destaque há de merecer a dicção normativa do inciso IX do art. 3º-B do CPP, na medida em que deixa gizado entre as atribuições do juiz das garantias *determinar o trancamento da investigação*²⁹⁴ quando não houver fundamento razoável para a sua *instauração* ou *prosseguimento*. Veja-se que esse dispositivo esclarece que, ao receber a comunicação da instauração da investigação, devem ser remetidos os autos da apuração, e que o juiz das garantias

²⁹² O juiz das garantias deverá encaminhar expediente para a polícia e para o Ministério Público, solicitando a informação quanto a todos os inquéritos em tramitação.

²⁹³ Essa medida é muito importante, a fim de que seja realizado melhor controle, podendo assim o juiz das garantias consultar os autos a qualquer momento e ter ciência de todos os atos praticados, sem necessidade de pedir informação à autoridade policial.

²⁹⁴ O legislador, por lapso, utilizou a expressão inquérito policial. O certo era referir-se à investigação criminal, a fim de abranger qualquer tipo de apuração, assim como consta do caput e do inciso IV do art. 3º-B do CPP.

há de fazer um exame efetivo do material, pois tem de decidir se existe *fundamento razoável* a justificar a apuração feita pela autoridade policial ou pelo Ministério Público.

De outra banda, a última parte do inciso IX 3º-B do CPP (“determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou *prosseguimento*”) deixa claro que o juiz das garantias deve acompanhar o desenvolvimento da investigação, podendo, a todo e qualquer momento, mesmo de ofício, determinar o seu trancamento, notadamente quando ficar parada por espaço temporal considerável, com afronta ao princípio da duração razoável, que se aplica também à fase investigatória.

Essas são as inovações propriamente ditas, pois as demais atribuições conferidas ao juiz das garantias já eram assumidas pelo juiz do processo, a exemplo do controle da prisão processual.

5.A.4. Investigação defensiva

Conquanto em decorrência do princípio da presunção de não culpabilidade o investigado ou acusado não tenha o dever de provar a sua inocência, como dimensão do princípio da ampla defesa, o agente a quem imputada a prática de um crime tem o direito à obtenção da prova que lhe seja benéfica. Sem embargo dessa consideração, não raro, para a demonstração da *dúvida razoável* quanto à imputação criminosa, a defesa tem de se valer da busca de provas.

Por isso mesmo, tem sido crescente a discussão em nosso meio da implementação da chamada *investigação defensiva*, diante do reconhecimento de que a pessoa, especialmente na condição de investigada, tem o direito de produzir prova, seja para evitar o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, seja para que possa, na fase do processo, se utilizar das provas que lhe são favoráveis, notadamente em relação à prova pericial.

Ainda que de forma incipiente, o Código de Processo Penal, em sua redação originária, no art. 14, caput, ressaltou que o indiciado, assim como o ofendido, pode requerer *qualquer diligência* (“O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”). Merece destaque o fato de o legislador ter utilizado a expressão *qualquer diligência*, o que quer dizer qualquer iniciativa quanto à produção de elemento probatório.

No entanto, agora esse direito de participação mais efetiva da defesa na fase da investigação restou evidenciada com a inclusão pela Lei nº 13.245, de 2016, do inciso XXI e da alínea “a” no art. 7º do Estatuto da Advocacia. Em compasso com o dispositivo em causa, “São direitos do advogado. (...) XXI- assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos”.

É verdade que ficaria mais evidenciado o direito de o investigado solicitar a realização de diligências em seu favor caso não tivesse sido vetada a alínea *b*, que incluía, dentre os direitos do advogado, a possibilidade de *requisitar diligências*. No veto presidencial ficou consignado que, “Da forma como redigido, o dispositivo levaria à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. (...) Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea ‘a’, do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição”.

Como se observa, o veto presidencial se mostrou correto, pois, tal como redigido o dispositivo, levar-se-ia à conclusão de que o advogado teria o *poder* de determinar à autoridade policial a realização das diligências por ele requeridas, quando o que se deve garantir é, apenas, o direito de requerê-las, sendo realizada, ou não, a diligência, caso pertinente.

Todavia, o veto à alínea “b” em foco não compromete o entendimento de que o advogado tem o direito de requerer diligências, ou melhor, *quaisquer diligências*, como, aliás, ficou

ressaltado no texto que contém as razões veto presidencial. Pode-se questionar: E se a autoridade policial indeferir o requerimento de diligência? O advogado, naturalmente, pode impugnar esse ato administrativo perante o Judiciário, por meio do mandado de segurança – o habeas corpus apenas se houver ofensa direta, ainda que em forma de ameaça, ao direito de liberdade –, na medida em que não há previsão de recurso.

No ponto, com a implantação do juiz das garantias, o advogado terá a possibilidade de requerer a diligência diretamente a esse magistrado, que terá como finalidade o controle da investigação e a preservação dos direitos fundamentais do investigado.

Entretanto, esse direito ao requerimento de diligências não se confunde com a possibilidade de o próprio investigado realiza-las no sentido de angariar as provas em prol de sua defesa. Uma coisa é assegurar o direito de pedir, outra é a admissibilidade da atuação do investigado. O projeto do NCPP alberga disciplina a respeito, porém, atualmente, não há nenhuma norma legal definindo esse procedimento relativo à investigação defensiva.

Diante do vácuo normativo, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, em consonância a Proposição nº 49.0000.2017.009603-0/COP, editou, em 11 de dezembro de 2018, ato regulamentando a investigação defensiva, definindo-a como o conjunto de atos praticados pelo advogado, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, com o fito de obter elementos probatórios para a defesa de seu cliente (art. 1º). Para tanto, conforme o ato normativo da OAB, a investigação defensiva pode ser levado a efeito para fins de subsidiar: (a) pedido de instauração ou trancamento de inquérito; (b) rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa; resposta a acusação; (c) pedido de medidas cautelares; (d) defesa em ação penal pública ou privada; (e) razões de recurso; (f) revisão criminal; (g) habeas corpus; (h) proposta de acordo de colaboração premiada; (i) proposta de acordo de leniência; e (j) outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal (art. 3º)

Por fim, sem embargo do que prevê o Estatuto da Advocacia, tendo em consideração que o interrogatório é um corolário lógico do direito à ampla defesa, a Lei nº 12.850, de 2013, expressamente, assegurou ao advogado do investigado o direito de ter prévia vista dos autos do inquérito policial, ainda que esteja tramitando em caráter sigiloso, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias antes do interrogatório (art. 23, parágrafo único). Deixou claro que esse prazo de 3 (três) dias é o mínimo, na medida em que esclareceu a possibilidade de a autoridade policial, a seu critério, ampliá-lo, não, porém, diminuí-lo.

Nessa investigação defensiva o advogado pode se valer do trabalho auxiliar do detetive particular, a despeito da restrição embutida no art. 2º, caput, da Lei nº 13.432, de 2017, sob pena de censura desse jaez se apresentar como cerceamento do direito de defesa, ademais de a vedação ali contida dizer respeito à atuação desse profissional na coleta de provas para a incriminação²⁹⁵.

5.A.5. Alterações no procedimento investigatório.

Na Reforma Tópica, as alterações em relação à fase investigatória restaram contempladas no Projeto de Lei nº 4.209, de 2001. A proposta continha alguns avanços, transferindo para o Ministério Público as iniciativas na investigação anteriormente atribuídas ao juiz. Mas, conforme salientado, infelizmente, até hoje essa parte da reforma não foi aprovada.

A par disso, algumas modificações foram sendo implementadas à fase investigatória por leis extravagantes, tendo a esse respeito se ocupado, igualmente, a Lei nº 13.964, de 2019, notadamente com a previsão da figura do juiz das garantias, examinada no item 5.A.3, supra.

Assim como acentuado acima, com a introdução do art. 3-B, inciso IV, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, conquanto a autoridade policial, nos crimes de ação penal de iniciativa pública, tenha o dever de instaurar a investigação de ofício, bastando para tanto a ciência da ocorrência da infração, para fins do controle e fiscalização de sua atividade investigatória, há a

²⁹⁵ Cf. o item 5.A.5, infra.

obrigação de comunicação imediata ao juiz das garantias.

Se e quando essa norma vier a ser exigida, a depender do resultado da liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux na ADI 6.299/DF, não haverá mais em nosso sistema nenhuma investigação que não seja do conhecimento de um juiz, nuance salutar para um ordenamento jurídico de cunho garantista.

Quanto ao dever de apuração de crimes, especialmente quanto ao flagrante delito, foi introduzida a denominada *ação controlada*, que não foi contemplada na redação originária do CPP. Primeiramente, essa forma de atuação policial foi contemplada na hoje revogada Lei nº 9.034, de 1995²⁹⁶ e, posteriormente, pela Lei nº 11.343, de 2006, a fim de permitir, na qualidade de técnica especial de investigação, a *não atuação policial* em relação aos portadores de drogas, tendo em mira identificar e responsabilizar o maior número de agentes com atuação na operação de tráfico de entorpecentes (art. 53, II), regramento que foi repetido, com pequena alteração redacional, no art. 8º da Lei nº 12.850, de 2013, aplicável, igualmente, ao crime de lavagem de dinheiro, em razão do art. 1º, § 6º, incluído no respectivo diploma legal, por meio da Lei nº 13.964, de 2019.

A ação controlada, para fins de fiscalização, deve ser feita mediante autorização judicial e comunicada ao Ministério Público, podendo o magistrado fixar os seus limites, com a obrigação da elaboração de auto circunstanciado sobre essa atuação policial (art. 8º, §§ 1º e 4º, da Lei nº 12.850, de 2013)

Em outro passo, a Lei nº 12.830, de 2013, complementou a explicação normativa quanto ao escopo do inquérito policial (art. 4º, caput, do CPP), salientando que a condução da investigação pelo delegado de polícia tem como objetivo não apenas a apuração da materialidade e da autoria como, igualmente, o esclarecimento das *circunstâncias das infrações*.

Diante do registro de alguns afastamentos arbitrários de delegados quanto à condução de investigação quando incomodavam detentores do poder político, restou assegurado que “O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previsto em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação” (art. 2º, § 4º, da Lei nº 12.830, de 2013). A norma conferiu uma espécie de *inamovibilidade* ao delegado na condução do inquérito policial.

Ainda no sentido de conferir independência à autoridade policial na sua atuação funcional, consta no § 5º do art. 2º da Lei nº 12.830, de 2013, que “A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado”.

Para além dessas garantias, acertadamente, o legislador, ao tempo em que acentuou ser privativo do delegado de polícia a prática do ato de *indiciamento*, esclareceu que tal há de ser veiculado em *despacho fundamentado*, mediante análise *técnico-jurídica* (art. 2º, da Lei nº 12.830, de 2013).

O preceito normativo em foco merece aplauso, pois o *indiciamento* tem o condão de alterar a situação jurídica da pessoa. De fato, com o indiciamento, a pessoa sai da condição de investigada ou suspeita para a de indiciada, o que implica na flexibilização do *princípio da presunção de inocência*, que não se confunde com o *princípio da presunção de não culpabilidade*, tal como realçado no item 4.2.2, supra. Daí que, embora a autoridade policial, nesse momento da persecução penal, não esteja limitado por um juízo de certeza em relação à culpa, ela está sob a batuta do princípio da presunção de inocência *stricto sensu*, só podendo indiciar alguém caso tenha reunido elementos para a formação da chamada *justa causa*, que se exprime por meio de prova quanto à materialidade do fato e indícios no que pertine à autoria.

Nos termos do art. 20 do CPP “A autoridade policial assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”). Porém, o caráter sigiloso da investigação sempre foi utilizado pelo delegado como um trunfo, a fim de não permitir o acesso aos autos do inquérito seja pelo investigado, seja sua defesa, em clara restrição ao exercício do

²⁹⁶ Essa lei foi o primeiro diploma normativo sobre organização criminosa, revogada, posteriormente, pela Lei nº 12.950, de 2013.

direito à ampla defesa. Esse problema só veio a ser minorado com a edição da *Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal*, que deixou consignado que “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

O sigilo, naturalmente, é mais para fins de preservação da inviolabilidade da imagem e da honra do investigado, direitos fundamentais assegurados pela Constituição²⁹⁷ do que servir aos interesses funcionais da autoridade policial, medida necessária para evitar a *espetacularização* ou a publicidade indevida quanto a fatos que podem nem vir a ser objeto de processo criminal, mercê do arquivamento dos autos do inquérito, a exemplo de quando se entende que não há justa causa para a ação penal.

Em outro norte, o art. 23 da Lei nº 12.850, de 2013, em relação a inquérito policial instaurado para a apuração de crime de organização criminosa, deixou salientado que o sigilo da investigação *poderá ser decretado*, quando isso se mostrar necessário para a garantia da celeridade da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se, porém, o amplo acesso aos elementos probatórios pertinentes para o exercício do direito de defesa, quando assim autorizado pelo juiz, exceto no que diz respeito às diligências em andamento.

Esse preceito legal encartado na Lei nº 12.850, de 2013, de um lado, contradiz o art. 20 do CPP, pois a norma em referência preceitua o sigilo da investigação como *uma exceção*, não uma regra. Por outro lado, o citado art. 23 da Lei nº 12.850, de 2013, fica aquém do que assegurado pela Súmula Vinculante 14 do STF, pois condiciona o acesso aos autos de investigação a prévia autorização judicial, o que não parece razoável. Deve-se entender pela aplicação do entendimento sumular firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda quando se trate de investigação relativa a crime da Lei nº 12.850, de 2013, a fim de se conferir interpretação do art. 23 da lei em referência conforme o princípio da ampla defesa plasmado na Constituição.

Realçando que a atividade investigatória referente à persecução penal é estatal, de forma canhestra, foi regulamentada em nosso meio a atividade do *detetive particular*, profissional muito utilizado no direito americano e mesmo no Brasil, ainda que mais na informalidade.

A Lei nº 13.432, de 211 de abril de 2017, tratou de definir o *detetive particular* ou *detetive profissional* como o “... profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assunto de interesse privado do contratante” (art. 2º, caput e § 1º). Com essa definição legal, de soslaio, vedou-se a coleta de *dados e informações de natureza criminal* por meio do detetive particular, o que é, de certa forma, incompreensível, a não ser que a intenção do legislador tenha sido a vedar a produção de prova em que necessária a prévia autorização judicial. Mas, ainda assim, a incongruência persiste, pois a vedação é quando a coleta de dados e informações de *natureza criminal*.

Ora, se o detetive particular só pode coletar dados e informações de natureza *não criminal*, qual a razão de ele ser admitido para *colaborar com investigação em curso*, tal como previsto no caput do art. 5º da lei em referência. E se um detetive particular, obtiver um dado ou informação importante sobre as circunstâncias da prática do crime, que beneficiam o seu cliente, investigado em um inquérito policial? A prova referente a esse dado ou informação não tem validade? E o que é que se entende por coleta de dados e informações? Um documento, um áudio ou um vídeo veiculado em uma rede social está abrangido na ressalva legal? Não parece razoável vedar a investigação defensiva ou negar validade a provas obtidas por meio de profissional particular contratado pelo investigado, desde que não malferida a reserva de jurisdição²⁹⁸.

A não ser que se queria defender que o advogado pode coletar essas provas em favor do seu cliente, desde que o faça diretamente, mas não pode contar com o auxílio de um detetive

²⁹⁷ Cf. item 4.2.4, supra.

²⁹⁸ Cf. item 5.A.3, supra.

particular, preparado tecnicamente para esse mister investigativo.

Ao que parece, o legislador, ao regulamentar a atividade do detetive particular, teve a preocupação, apenas, de preservar o monopólio estatal da atividade investigativa na seara criminal, de modo que o que ele limita é a atividade de apuração paralela no sentido de angariar elementos informativos em prol da persecução penal, não a investigação defensiva.

5.A.5.1. Identificação criminal e coleta de perfil genético

Nos primórdios da civilização, a identificação por um método específico não era considerada como indispensável para a convivência social. A preocupação com a identificação se circunscrevia à necessidade de se reconhecer os malfeitores e criminosos²⁹⁹. Assim como as penas, antigamente, os métodos de identificação eram cruéis, a exemplo de sinais na testa com as iniciais do crime praticado, corte da orelha, da mão (geralmente utilizado para os crimes de furto e roubo) etc.

O avanço tecnológico permitiu que se adotasse a impressão digital como forma segura de identificação, sem acarretar mutilação, dor ou humilhação à pessoa, associada à fotografia ou mesmo, na impossibilidade, ao retrato falado, ainda hoje utilizado, a despeito do estágio de recursos tecnológicos disponibilizados com o desenvolvimento da ciência da computação.

Sem embargo do estágio tecnológico atual, em rigor, temos dois métodos de identificação criminal: (a) o *datiloscópico*, também chamado de método de *Vucetich*, cuja primeira utilização teria ocorrido em 1892, consistente na coleta da impressão digital³⁰⁰; e (b) o *fotográfico*, conhecido igualmente como método de *Bertillon*, que tem como suporte o entendimento de que a partir dos 20 (vinte) anos de idade há uma fixidez quase absoluta dos esqueletos, de modo que as pessoas podem ser identificadas a partir de fotografias de frente e de perfil direito³⁰¹, para análise da frente, nariz, boca, lábios, cabelos, barba, cor dos olhos etc., além das deformidades e cicatrizes.

Estudos revelam que as orelhas são *elementos sinaléticos fundamentais*, pois se conservam com as mesmas características durante toda a vida e possuem singularidades específicas que as individualizam. Até mesmo as 2 (duas) orelhas de uma mesma pessoa guardam características próprias, daí por que a importância da necessidade de se estabelecer a fotografia de perfil direito como padrão. Ademais, as duas fotografias permitem, com a utilização de um índice, calcular a altura média da pessoa.

A despeito da redação emprestada ao art. 6º, inciso VIII (“ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes”), tem-se que o nosso sistema adotou como método de *identificação criminal* tanto o datiloscópico quanto o fotográfico. Nada obstante, esse mesmo método foi utilizado também para a *identificação civil*, que se faz por meio da *carteira de identidade*.

Em razão da identidade do método criminal com o utilizado para a *identificação civil*, passou-se a questionar a necessidade da *identificação criminal*, quando a pessoa já havia passado por esse processo para fins de obtenção da carteira de identidade, pois o Estado, nesse caso, já possui os dados necessários para individualizar o indiciado.

Em verdade, a despeito da falta de necessidade de nova identificação de quem já tinha a carteira de identidade, a identificação criminal passou a ser feita como forma de humilhação, pois as fotografias tiradas nesse momento eram estampadas nas primeiras páginas dos meios de comunicação, procedimento bastante utilizado durante o regime militar, como forma de estigmatizar a imagem como criminosos dos presos políticos, envolvidos ou não na resistência armada.

²⁹⁹ GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 23. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984, p. 72.

³⁰⁰ GOMES, Hélio. *Medicina legal*, p. 75.

³⁰¹ Estudos revelam que as orelhas são elementos sinaléticos fundamentais, pois se conservam com as mesmas características durante toda a vida do indivíduo.

Devido a essa situação, quando se procedia à identificação criminal do *civilmente identificado*, em vários casos, a defesa ingressava com habeas corpus, apontando vício de legalidade, por caracterizar arbitrariedade, uma vez que desnecessária a medida. O tema foi a deslinde do Supremo Tribunal Federal, que infelizmente editou a Súmula nº 568, sedimentando a tese de que “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”.

Naturalmente, essa questão não foi esquecida no marco regulatório da redemocratização do país, operado pela edição da Constituição de 1988, de modo que foi inserido dentre os direitos fundamentais a garantia de que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Tendo em conta a previsão constitucional, o legislador, primeiramente, editou a Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000, em seguida revogada pela Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. A lei vigente esclarece que servem para a identificação civil e criminal (i) a carteira de identidade; (ii) a carteira de trabalho; (iii) a carteira profissional; (iv) o passaporte; (v) a carteira de identificação funcional; e (vi), outro documento público que permita a identificação do indiciado, ademais de admitir para esse fim, por equiparação, os documentos de identificação militares (art. 2º, caput e incisos, e parágrafo único, da Lei nº 12.037, de 2009).

Sem embargo da identificação civil, foram alvitadas as circunstâncias que servem para a justificação da realização também da identificação criminal, sendo elencadas as seguintes situações: (i) o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; (ii) o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; (iii) o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; (iv) a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; (v) constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; (vi) o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais (art. 3º, caput e incisos, da Lei nº 12.037, de 2009).

Após muito debate, finalmente, a Lei nº 12.654, de 2012, previu a coleta de perfil genético tanto para a *identificação criminal*, regulada pela Lei nº 12.037, de 2009, quanto para a *identificação de condenado* que esteja em cumprimento de pena, assunto da alçada da Lei 7.210, de 1984.

O parágrafo único do art. 5º da Lei nº 12.037, de 2009, incluído pela Lei 12.654, de 2012, ressalta que, quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, poderá ser incluída a coleta do material biológico para a obtenção do perfil genético. Observe-se que na redação da norma a expressão utilizada foi *investigações policiais*.

Isto é, a inclusão da coleta de perfil genético se justifica como medida importante para a identificação mais eficiente da pessoa em relação a delitos futuros, em virtude mesmo do tipo de crime praticado, a exemplo dos crimes sexuais e os perpetrados com violência física em geral. Nesses casos, a identificação datiloscópica e fotográfica raramente se presta para elucidar a autoria, deixando margem de dúvida considerável, o que se reflete, de um lado, em erros judiciais provocados por reconhecimentos pessoais equivocados e na baixa resolutividade das investigações referentes aos crimes de homicídio ou de violência contra a pessoa.

A coleta de perfil genético se mostra necessária, ainda, quando houver vestígios genéticos produzidos na prática do crime, encontrados geralmente no local do crime, ou então para dissipar dúvidas em relação à identificação da pessoa em si.

O legislador salientou que a técnica a ser utilizada, além de adequada, tem de ser indolor (art. 9º-A da Lei nº 7.210, de 1984, com a redação determinada pela Lei nº 12.654, de 2012). O método utilizado para fins de coleta é com a utilização de uma espécie de cotonete, que capta gotículas de saliva existentes na boca das pessoas. A coleta é rápida, indolor, não é invasiva e não expõe a constrangimento a pessoa. Em certa medida, a forma de coleta do perfil genético é menos

constrangedora do que a da impressão digital que é exigida para a emissão de alguns documentos, como é o caso da carteira de identidade ou a própria identificação criminal tradicional.

A questão da constitucionalidade da coleta para fins de formação do perfil genético está pendente de exame perante o Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 973837, submetido ao regime de repercussão geral, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Mas, de toda sorte, não é crível que se venha a declarar a sua inconstitucionalidade, podendo ser ressaltada, apenas, se for o caso, a impossibilidade de a coleta ser feita de modo coercitivo.

Como visto acima, há de se ter em conta uma distinção importante. A coleta prevista na Lei nº 12.037, de 2009, não se destina, diretamente, para a investigação de determinado crime, mas a *investigações*. Ora, o dispositivo está na lei que trata da identificação criminal. Repita-se, a finalidade é a formação de um banco de dados para permitir a pronta identificação, especialmente em relação a casos futuros.

Assemelha-se, e muito, à situação em que a pessoa se submete à identificação datiloscópica quando ela pretende obter a carteira de identidade ou, então, não possuindo a identificação civil, é obrigada a se submeter à identificação criminal. Ninguém sustentará que, devido ao direito ao silêncio, nesse caso, o acusado tem a garantia de não ser obrigado a se submeter ao processo de identificação. Evidentemente, ninguém tem o direito de ser um *anônimo*, sem identificação.

Aliás, no futuro pode ser que o legislador abandone o sistema datiloscópico como critério de identificação civil e criminal e passe a adotar o fornecimento de elementos para a formação de banco de dados genéticos. Aí cabe perguntar: De acordo com o nosso sistema, isso colide com a integridade física ou mesmo com o direito à intimidade ou com o direito de não produzir prova contra si? Claro que não. Da mesma forma como não se enxerga vício de inconstitucionalidade caso o DNA venha a ser estabelecido como método para a identificação civil e criminal, não se vislumbra afronta ao princípio do direito ao silêncio no indiciamento do investigado submetê-lo à coleta do perfil genético, caso ele não tenha identidade civil ou nas hipóteses previstas em lei.

Em certa medida, foi o que o legislador esclareceu com as alterações normativas examinadas. A par de definir que a identificação criminal inclui o processo datiloscópico e o fotográfico, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, com a alteração promovida pela Lei nº 12.654, de 2012, deixou plasmado que, a despeito da identificação civil, caso seja *essencial às investigações policiais*, o juiz pode determinar, por decisão judicial, a identificação criminal que, nesse caso, inclui, ainda, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Com se disse, essa expressão *essencial às investigações policiais* pode ser limitada à necessidade da correta identificação da pessoa investigada, razão pela qual a diligência pode ser feita, até mesmo, de forma coercitiva, como se verifica no Direito Comparado.

Situação semelhante diga-se em relação à previsão contida no art. 9º-A da Lei de Execução Penal (incluído pela Lei nº 12.654, de 2012), quanto à obrigatoriedade da identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, para os condenados por crime praticado mediante dolo, com violência grave contra a pessoa, ou crime hediondo ou a ele equiparado. Observe-se que a identificação genética, ainda que incida naqueles civilmente identificados, serve para proporcionar uma integral e eficaz identificação dos presos, ademais de esses crimes executados mediante violência à pessoa, geralmente, deixar no corpo da vítima elementos genéticos do agressor.

A exigência da identificação do perfil genético, por outro lado, assemelha-se, e muito, à situação em que a pessoa se submete à identificação datiloscópica quando pretende obter a carteira de identidade ou, então, não possuindo a identificação civil, é obrigada a se submeter à identificação criminal. Ninguém sustentará que, em razão do direito ao silêncio, nesse caso, o preso tem a garantia de não ser obrigado a passar pelo processo de identificação. Repita-se, a vida em sociedade exige que a pessoa possua uma identificação, não tendo ninguém o *direito ao anonimato*, nem muito menos o direito ao silêncio possui essa dimensão.

Como se observa, a coleta de dados genéticos, nesse caso, cuida-se de uma forma específica de *identificação criminal para fins de execução penal*, no escopo de conferir maior grau

de certeza quanto a quem efetivamente está recolhido à prisão, daí por que a Lei nº 13.964, de 2019, tipificou como falta grave do interno a recusa em se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético³⁰².

Essa exegese do art. 9º-A da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984, com redação alterada pela Lei nº 12.654, de 2012) pode sugerir o entendimento de que o material biológico (saliva, por exemplo) coletado apenas poderá ser levado em conta como prova contra o condenado, na hipótese de ele vir a praticar no futuro outro delito, cuja autoria poderá ser verificada com a comparação do material genético coletado. Já defendemos essa posição. Todavia, se o entendimento for com essa restrição temporal, em nosso meio a comparação de DNA não poderá ser utilizada em relação aos crimes anteriores, o que não parece razoável. No ponto, diversos documentários veiculados pelo canal de televisão por assinatura *ID*³⁰³ revelam que muitos crimes insolúveis nos Estados Unidos da América são resolvidos alguns anos após, em razão do DNA coletado quando a pessoa é levada à prisão.

Assim, conquanto o aludido dispositivo legal se refira tão só à coleta de perfil genético do condenado, e não que o mencionado material tem como escopo servir de prova de imputação feita em um processo criminal específico, não constituindo, assim, produção de prova contra si mesmo, mas sim obrigação legal de se submeter ao procedimento de identificação inerente a sua condição jurídica de preso, isso não impede que o banco de dados de DNA seja utilizado para a solução de um crime praticado anteriormente à coleta dos elementos genéticos.

Aqui se aplica a mesma lógica em relação a alguém que não tenha identificação civil ou criminal. Caso o agente seja identificado criminalmente pelo método datiloscópico, o banco de dados referentes à impressão digital pode servir para fazer a comparação de vestígios dessa natureza deixados na cena de um crime praticado no pretérito.

Tanto é assim que resta ressaltado, no art. 9º-A, § 2º, da Lei de Execução penal, que, caso queira ter acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético referentes aos presos, a autoridade policial terá de requerer ao juiz competente, o que obviamente se justifica quando a diligência é importante para a investigação, não havendo na lei nenhuma restrição quanto à circunstância de isso só ser possível quando se tratar de crime praticado após a coleta do DNA.

Entendimento em contrário conduziria à conclusão igualmente pela invalidade da prova consubstanciada em filmagem ou depoimento testemunhal a respeito do estado de embriaguez do condutor de veículo, tal como preconizado no art. 306, § 2º, do Código de Trânsito, incluído pela Lei nº 12.760, de 2012. Há de levar-se em consideração que, nesse caso, não há ofensa à inviolabilidade da intimidade, desde que a filmagem não seja feita de forma clandestina, nem muito menos há de se dizer que foi vulnerada a proteção contra a autoincriminação. Ora, a prova, nesse caso, não foi produzida à força³⁰⁴.

Cabe agregar que há notícias de que, no futuro, será utilizado pelas autoridades de trânsito equipamento sofisticado, capaz de identificar e determinar o teor alcoólico na corrente sanguínea, sem a necessidade de exigir da pessoa investigada uma ação positiva, porquanto suficiente posicionar o aparelho a alguns metros de distância, para que o teste seja feito. Se assim for, crê-se não ser o caso de inquirir de invalidade a prova, na hipótese de a pessoa se negar a ser periciada dessa maneira.

Sobre o alcance do direito ao silêncio em relação à autoincriminação involuntária, Roxin ressalta que no Direito alemão, mercê do que dispõe o art. 136 a do Código de Processo Penal, isso se dá apenas quando é feita de modo sub-reptício. Nesse passo, Roxin diz que o Tribunal Supremo Federal tem considerado ilícita a confissão direta feita a agente policial introduzido clandestinamente na cela do acusado, que tenha obtido a sua confiança, por ofensa ao princípio do direito ao silêncio. Mas, de outra banda, critica o mesmo órgão jurisdicional por ter, sob o

³⁰² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Execução penal no sistema penitenciário federal**, p. 232.

³⁰³ Cf. **ID**. Maryland: Discovery Inc. 2012.

³⁰⁴ Sobre o alcance do princípio do direito ao silêncio, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 535-570.

argumento de que é necessário para lutar eficazmente contra a delinquência, rejeitado a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, e aceitado a confissão indireta, na hipótese em que, na declaração prestada em confiança ao agente policial, foi revelada a existência de um cúmplice, o qual, convocado para depor, incriminou o acusado³⁰⁵.

Merece destaque, ainda, a abordagem desse princípio quando a informação obtida com infração do direito ao silêncio não é utilizada para a incriminação da pessoa, mas sim para servir de informação para a investigação de crimes praticados ou que estão sendo planejados por outrem, especialmente quando se trata de delitos da magnitude dos classificados como terrorismo. A esse respeito, John B. Taylor³⁰⁶ propõe novo campo de abordagem sobre o direito ao silêncio, exatamente “Quando o foco da investigação não é a punição mas a prevenção – isto é, quando não serve para a obtenção da confissão mas como inteligência sobre atividades terroristas...”

5.A.5.2. Acesso a dados e captação de sons e imagens

Datado de 1941, o CPP nada dispôs quanto ao acesso aos dados das pessoas ou à captação de sons e imagens. Certamente, isso foi alimentado pela ausência de força normativa das garantias constitucionais e também porque não havia proteção constitucional específica a esses bens jurídicos. Isso sem falar que os recursos tecnológicos eram primários e não eram utilizados nas investigações

É verdade que desde a Carta Imperial de 1824 consta a garantia do direito à privacidade, porém era restrito ao direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência. A Constituição de 1988, todavia, além de dar garantia à intimidade em relação à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, acrescentou um inciso especificamente para inscrever, dentre os direitos fundamentais, a *inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem* (art. 5º, X)³⁰⁷.

Em razão do princípio da inviolabilidade da intimidade em geral que compreende a vida privada, a honra e a imagem, previsto no inciso X da Constituição, a obtenção de informações a esse respeito durante a investigação passou a exigir prévia autorização judicial, a fim de que seja flexibilizada a garantia constitucional. A intimidade protegida constitucionalmente engloba o sigilo dos negócios pessoais, as conversas privadas, a movimentação bancária, a situação fiscal, os dados em geral, inclusive os referentes aos contatos telefônicos etc.³⁰⁸

Entretanto, a doutrina passou a fazer a distinção quanto aos chamados *dados cadastrais*, que são informações referentes à identificação da pessoa, os quais são de livre acesso, independentemente de ordem judicial, pois a ninguém é conferida a garantia de ser anônima.

Normatizando a matéria, consoante o art. 17-B da Lei nº 9.613, de 1998 (incluído pela Lei nº 12.683, de 2012), o art. 15 da Lei 12.850, de 2013, e o art. 13-A, caput e parágrafo único, do CPP (incluído pela Lei nº 13.344, de 2016), a autoridade policial e o Ministério Público podem requisitar de qualquer órgão público ou empresa privada os *dados cadastrais* do investigado que informam a qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores da internet e pelas administradoras de cartões de crédito, não se tratando, à evidência, de quebra de sigilo³⁰⁹.

³⁰⁵ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**, Tradução Carmem Gomes Rivero e María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000p. 134.

³⁰⁶ “when the focus of investigation is not punishment but prevention – that is, when interrogation is designed not to obtain a confession but to elicit intelligence about terrorist’s activities...” (TAYLOR John B. **Right to counsel and privilege against self-incrimination**: rights and liberties under the law. USA: ABCCLIO, 2004, p. 268).

³⁰⁷ Cf. item 4.2.4, supra.

³⁰⁸ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal**, p. 457-483.

³⁰⁹ A respeito do tema, o Tribunal Regional Federal da Quinta Região decidiu, na APELREEX Nº 15896, em julgamento da Segunda Turma, por maioria, entendeu que as informações relativas aos dados cadastrais não exigem prévia autorização

No mesmo sentido, a Lei nº 12.965, de 2014, no art. 10, §, 3º, admite, independentemente de autorização judicial, que as autoridades administrativas tenham acesso junto ao provedor da internet aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço dos usuários da rede mundial de computadores, o que está correto, pois não há direito ao sigilo quanto informações dessa espécie, salvo em situação excepcional, a exemplo de quando a pessoa está inserida em programa de proteção à testemunha.

Em verdade, o que se tem é que os *dados cadastrais em si*, aqueles referentes à identificação de uma pessoa e ao seu endereço, não estão agasalhados pelo que se entende por vida privada, protegida no art. 5º, X, da Constituição. Não há ilegalidade, por exemplo, no acesso a informações cadastrais quanto à simples identificação do usuário de telefone fixo ou móvel originador da respectiva ligação telefônica, até porque a garantia constitucional visa a assegurar a preservação da intimidade, que abrange a tutela da vida privada e mesmo da imagem do indivíduo, não se constituindo ou confundindo com um *direito ao anonimato*.

Com efeito, em que pese o direito à privacidade seja direito fundamental da mais alta magnitude, insito a um sistema democrático, o certo é que não agasalha o direito ao anonimato do usuário do serviço de telefonia, a fim de favorecer aos que, eventualmente, se utilizem, por exemplo, dos serviços de telecomunicações para a prática de atos socialmente censuráveis ou até mesmo para a prática de atividades ilícitas. Em casos que tais à evidência não resta caracterizada a quebra de sigilo e tampouco ofensa ao direito à intimidade, sobretudo porque os dados cadastrais consistem em informações não protegidas pela cláusula de reserva de jurisdição.

Mas o tratamento infraconstitucional dispensado à matéria não parece caminhar nessa direção. O legislador, no afã de deixar claro que, em certas situações, não há necessidade de prévia autorização judicial para o acesso aos chamados dados cadastrais, finda, a contrário senso, conduzindo à inadequada interpretação de que, exceto nas hipóteses previstas em lei, mesmo quando se trate de informações que se caracterizam como meras informações sobre a identificação da pessoa ou localização de sua moradia, torna-se imprescindível a autorização judicial para o acesso.

Vejamos. A Lei nº 13.444, de 6 de outubro de 2016, incluiu, no Código de Processo Penal, o art. 13-A, a fim de permitir, quanto aos crimes plasmados nos arts. 148 (sequestro e cárcere privado), 149 (redução a condição análoga à condição de escravo) e 149-A (tráfico de pessoas), no § 3º do art. 158 (extorsão) e no art. 159 (extorsão mediante sequestro), todos do Código de Penal, assim como no art. 239 (tráfico de criança ou adolescente para o exterior) do Estatuto da Criança e do Adolescente, a possibilidade de o delegado de polícia ou membro do Ministério Público, sem prévia autorização judicial, requisitar, diretamente de quaisquer órgãos, públicos ou privados, dados e informações cadastrais da *vítima ou de suspeitos*.

Essas disposições sobre o acesso a dados cadastrais sem autorização judicial circunscritas apenas em relação a determinados crimes, sob outra ótica, fomenta a interpretação de que, em compasso com a nossa legislação, as informações a respeito da identificação quanto aos *dados cadastrais de vítimas e suspeitos*, conquanto não inseridos no âmbito de proteção da cláusula constitucional que dispõe sobre a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, exigem prévia autorização judicial, salvo exatamente nas exceções legais mencionadas.

Ou seja, a interpretação literal pode conduzir à conclusão de que quando os dados cadastrais digam respeito a vítimas ou suspeitos, salvo nas exceções legais, haverá a necessidade de anterior autorização judicial. Por via de consequência, se as informações quanto aos dados cadastrais fosse, por exemplo, para a identificação de testemunhas para fins cíveis, haveria necessidade de autorização judicial. Interpretação desse jaez, naturalmente, não é minimamente razoável.

O mais razoável é defender o entendimento de que, tratando-se de dados cadastrais, não há necessidade de prévia autorização judicial para fins de se permitir o acesso por parte de autoridade policial ou de membro do Ministério Público, pois esse tipo de informação não diz respeito à garantia inserta no inciso X do art. 5º da Constituição. Até porque esse é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça³¹⁰, ao afirmar que os *dados* previstos no art. 5º, X, da Lei Maior não se confundem com os chamados *dados cadastrais*, merecendo menção as seguintes partes da ementa do acórdão:

5. Outro ponto imprescindível ao deslinde da presente controvérsia é a distinção de dados e dados cadastrais. Enquanto os "dados" revelam aspectos da vida privada ou da intimidade do indivíduo e possuem proteção constitucional esculpida no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, os "dados cadastrais" se referem a informações de caráter objetivo que todos possuem, não permitindo a criação de qualquer juízo de valor sobre o indivíduo a partir de sua divulgação. São essencialmente um conjunto de informações objetivas fornecidas pelos consumidores/clientes/usuários sistematizadas em forma de registro de fácil acesso por meio de seu armazenamento em banco de dados de pessoas jurídicas de direito público ou privado, contendo informações como nome completo, CPF, RG, endereço, número de telefone etc.

(...)

8. Ressalte-se que o STJ, ao apreciar controvérsia referente ao acesso a dados cadastrais telefônicos, adotou o mesmo entendimento aqui esposado, ao consignar que informações referentes ao proprietário de linha telefônica (nome completo, CPF, RG, número da linha e endereço) buscam somente a identificação de seus usuários e, portanto, não estão acobertadas pelo sigilo das comunicações telefônicas. Nesse sentido: RHC 82.868/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 1º.8.2017; HC 131.836/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 6.4.2011.

Já o art. 13-B, também incluído no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.444, de 2016, deixa claro que os dados contidos em empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e/ou telemática cujos conteúdos permitem a localização da vítima ou suspeitos estão incluídos no princípio da inviolabilidade da intimidade ou vida privada, de modo que, nesse caso, há necessidade de prévia autorização judicial. Aqui a referência diz respeito à localização pelas Estações Rádio Base ou ERB's, que consiste em determinação do local que uma determinada pessoa está ou esteve conforme os dados de conexão de um telefone celular com a Central de Comutação e Controle – CCC da respectiva companhia telefônica.

No caput, o legislador cuidou de esclarecer que esses dados podem ser obtidos por quaisquer meios técnicos utilizados, o que abrange *sinais, informações e outros*, ao tempo em que definiu *senal* como o *posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência* (art. 31-B, § 1º, do CPP).

Ainda quanto à disponibilização de sinal por parte de empresa de telefonia, ressaltou-se que, no que pertine ao acesso a conteúdo de qualquer natureza, mister se faz específica autorização judicial nesse sentido, e ainda assim limitado a período que não seja superior a 30 (trinta) dias, podendo ser renovado (art. 31-B, § 2º, incisos I, II e III).

No ponto, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região³¹¹, acertadamente, decidiu, na parte que interessa, nos seguintes termos:

2.As informações referentes às relações das chamadas/mensagens efetuadas ou recebidas, duração, e relação das ERB's utilizadas pelos terminais estão sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição (CF, artigo 5º, inciso XII), conclusão que se extrai do próprio cotejo dos artigos 15 e 21, parágrafo único, da Lei 12.850/13, haja vista ser nítida a vontade do legislador em diferenciar os conceitos de "dados cadastrais", "registros", "documentos" e "informações" (Grifos do original).

³¹⁰Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.561.191-SP, 2ª. Turma, Unânime. Data de julgamento 19 abr. 2018. Disponível em www2.stj.jus.br/processo/revista. Acesso 18 jun. 2019.

³¹¹ TRF4 5009657-86.2016.4.04.7204, 4ª Turma, Relator Victor Laus.

Todavia, sem muito sentido, o legislador, no caput do art. 13-B, fez expressa menção a ilícitos relacionados ao tráfico de pessoas, dando a entender que a norma seria aplicável apenas quando o delito for dessa espécie. Veja-se que o legislador não se referiu a um dos tipos específicos de crime de tráfico de pessoas, preferindo, atecnicamente, utilizar a expressão *crimes relacionados ao tráfico de pessoas*. O que seria *crimes relacionados ao tráfico de pessoas*? Pelo contexto, ao que parece, o legislador teria tido a pretensão de realçar que a regra incidiria em qualquer que seja o crime de tráfico de pessoas, nacional ou internacional, previsto no Código Penal ou em legislação extravagante, como é o caso do tráfico de criança ou adolescente, contemplado no Estatuto respectivo.

A redação canhestra empregada pelo legislador estimula o exegeta apressado a pensar que, pela circunstância de o dispositivo em foco, no caput do art. 13-B, mencionar especificamente o crime de tráfico de pessoas, a regra ali estabelecida seja direcionada apenas a esse tipo de delito, de modo que, em se tratando de outro tipo penal, não seria possível pedir, sequer, a autorização judicial, criando uma espécie de inviolabilidade da intimidade ou vida privada absoluta. Obviamente que essa não é a *mens legis* nem muito menos deve ser a interpretação a ser conferida.

A leitura sistemática do caput do art. 13-B com § 4º do mesmo dispositivo elucida a pseudo-incongruência. Observe-se que a regra ali estampada permite que, não decidindo o juiz, no prazo de 12 (doze) horas, sobre o pedido de autorização do acesso a dados mantidos por operadoras telefônicas e/ou telemática quanto à localização de vítimas ou acusados, quando a medida for solicitada para a *repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas*, a autoridade competente poderá requisitar diretamente a disponibilização dos meios técnicos adequados – sinais informações e outros –, sendo-lhe devido, apenas, fazer a imediata comunicação ao juiz.

Portanto, a interpretação sistêmica do caput e do § 4º do art. 13-B do Código de Processo Penal, leva à conclusão de que o legislador teve a pretensão de conferir uma amplitude investigativa maior quando for a hipótese de crime de tráfico de pessoas que ainda está ocorrendo, não a de restringir o alcance da norma a esse tipo de crime.

Ademais, essa norma embutida no § 4º do art. 31-B, à primeira vista, apresenta-se de constitucionalidade no mínimo duvidosa. Ora, se esse tipo de informação perquirida perante a empresa de telefonia ou telemática está abrangida pelo princípio da inviolabilidade da intimidade e/ou vida privada, norma infraconstitucional não poderia dispensar a prévia autorização judicial para a flexibilização da garantia. Mas há de se lembrar que a norma parte do pressuposto de que o crime de tráfico de pessoas, que é classificado como permanente, está em pleno desenvolvimento, pelo que se trata de situação de flagrante³¹².

Tema polêmico diz respeito à gravação ambiental de sons e imagens. Esse assunto será discutido com maior profundidade no item 5.1.8.2.4.6 infra. Aqui basta dizer que a jurisprudência e a doutrina fazem a distinção entre as gravações feitas por câmeras de vigilância, localizadas nas vias públicas ou em prédios de órgãos públicos ou privados, das que são realizadas em diligências levadas a efeito pela autoridade policial, durante a investigação de um determinado crime.

Após tergiversar a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, sob regime de repercussão geral, no julgamento do RE 583.938-RJ³¹³, firmou a seguinte tese:

ACÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

A tese firmada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal foi normatizada e esclarecida com a inclusão do art. 8º-A, § 4º, na Lei nº 9.296, de 1996, operada pela Lei nº 13.964,

³¹² Sobre essa possibilidade de flexibilização de direito fundamental independentemente de autorização judicial quando se cuida de flagrante delito, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 215-217.

³¹³ Supremo Tribunal Federal. DJe nº 237, p. 18.12.2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 mar. 2015.

de 2019, ao deixar expresso que “a capacitação ambiental feita por um dos interlocutores em o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação”.

Veja-se que a jurisprudência do STF ou mesmo a norma em destaque não valida a *gravação clandestina para fins investigatórios*. Se a autoridade policial, para a apuração de um determinado crime, pretende colocar escuta ambiental de sons ou imagens ou fazer filmagens dos passos do investigado, precisa de autorização judicial para que a diligência seja tida como válida.

É verdade que, em relação a esse ponto, a legislação já foi mais precisa. Com efeito, o inciso IV do art. 2º da Lei nº 9.034, de 1995, inserido pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, seguindo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que só admitia a validade da gravação clandestina como forma de defesa, esclareceu que a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise somente teriam validade com prévia autorização judicial. Porém, a Lei nº 12.850, de 2013, que revogou a Lei nº 9.034, de 1995, não trouxe disposição expressa nesse sentido, mas essa circunstância, resta claro, não tem o condão de desconstruir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal elaborada com fulcro na exegese do inciso X do art. 5º da Constituição.

De mais a mais, ainda que de forma implícita, todas as técnicas especiais de investigação gizadas nos incisos do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2013, salvo a que dispõe sobre a troca de informações entre os órgãos públicos, que inclui, dentre elas, a *captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos* (inciso II), exigem prévia autorização judicial.

5.A.5.3. Infiltração presencial e virtual de agentes

Ainda em relação à intimidade e, especificamente, a respeito da vida privada, tem-se a técnica especial de investigação consistente na infiltração que, atualmente, devido aos avanços tecnológicos, pode ser tanto na forma *presencial* quanto *virtual*. Houve a pretensão de regulamentação quanto à *infiltração policial* na antiga Lei nº 9.034, de 1995, mas a proposição normativa foi vetada à época, notadamente porque não havia nenhuma disciplina quanto ao procedimento a ser adotado para esse fim.

Finalmente, a Lei nº 12.830, de 2013, regulamentou a matéria, sob a rubrica *Da Infiltração de Agentes*, exigindo, além da necessidade da adoção dessa técnica especial de investigação diante da demonstração de que não é possível a obtenção da prova por outros meios disponíveis, a prévia decisão judicial autorizando a medida. A decisão deve ser motivada, realçando a necessidade da adoção dessa modalidade especial de investigação e fixando os limites da infiltração, cujo prazo máximo é de até 6 (seis) meses, sujeito, porém, a prorrogação, quantas vezes necessário for (art. 10, parte final do caput e §1º). Essa é a *infiltração pessoal*.

A disciplina sobre a *infiltração virtual* veio com a Lei nº 13.441, de 2017, que incluiu na Lei nº 8.069, de 1990, a Seção V-A, com o nome *juris Da Infiltração de Agentes de Polícia para a Investigação de Crimes contra a Dignidade Sexual de Criança e de Adolescente*, no escopo de dispor sobre a infiltração na internet com a finalidade de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D da Lei nº 8.069, de 1990, e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

A hipótese acima é a denominada *infiltração virtual*, que também reclama prévia autorização judicial, mediante a demonstração de não ser possível de outra forma a obtenção de provas sobre os crimes investigados, devendo ser fixados os limites da intervenção policial, medida que tem prazo de duração máximo de até 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias. Como se vê, diferentemente da infiltração pessoal, a virtual possui um limite temporal para a renovação.

Qual a razão para o tratamento diferente quanto ao limite de prazo entre as infiltrações presencial e virtual? Por que a infiltração virtual tem um limite máximo, enquanto a presencial não? Ainda que os prazos das infiltrações presencial e virtual, dadas as características diferentes

de uma e outra, sejam distintos, não parece razoável que a infiltração presencial possa se alongar no tempo sem nenhum limite temporal. O prazo de 720 (setecentos e vinte) dias, estipulado como a duração máxima de uma infiltração virtual parece o tempo razoável igualmente para a infiltração presencial.

A Lei nº 13.964, de 2019, incluiu o art. 10-A na Lei nº 12.850, de 2013, a fim de autorizar também a infiltração virtual quando se tratar de crime praticado por organização criminosa, prevendo como limite o mesmo prazo para a infiltração presencial, qual seja, de até 6 (seis) meses, igualmente restringindo a prorrogação pelo prazo total que não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias (art. 10-A, § 4º).

O caput do art. 10-C da Lei nº 12.850, de 2013, prescreve que “Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previsto no art. 1º desta Lei”. Há de se interpretar o dispositivo partindo da premissa de que se trata de uma *regra de imunidade* inerente ao agente policial que está infiltrado em consonância com as regras definidas para a validade desse tipo de diligência, notadamente quanto à prévia autorização judicial, definindo os limites desse tipo de atuação.

Aliás, a regra estampada no parágrafo único desse mesmo dispositivo (“O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados”) confirma essa assertiva.

Como se vê, tanto a infiltração presencial quanto a virtual exigem prévia autorização judicial, sob pena de nulidade da prova obtida dessa forma³¹⁴. A questão discutível é se a infiltração, sob a modalidade presencial ou virtual, só é admissível para os crimes previstos na lei ou pode ser adotada em relação a qualquer crime, desde que haja determinação de um juiz, justificando a medida.

A resposta que se apresenta à indagação acima é de que, tal como o tema foi tratado, observa-se que a infiltração é uma técnica especial de investigação que somente pode ser adotada em situações especiais e previstas em lei.

Para além da figura do agente infiltrado, a Lei nº 13.964, de 2019, trouxe a figura do *agente disfarçado*, ao incluir o § 2º no art. 17 e no parágrafo único do art. 18 da Lei nº 10.826, de 2013, e o inciso IV do § 1º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006. A leitura dos dispositivos mencionados revela que o agente disfarçado também, sob determinada ótica, pode ser caracterizado como uma técnica especial de investigação, menos invasiva do que a do agente infiltrado, que se basta na circunstância de o agente policial se apresentar como pessoa interessada na aquisição de arma de fogo, acessório ou munição ou substâncias entorpecentes.

Em verdade, os preceitos em causa tipificam como crime quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição ou droga a agente policial, afastando a figura do crime impossível, pelo que não há necessidade de prévia autorização judicial, muito embora essa atuação policial também se apresente como um meio de produção de prova. O preceito legal em foco foi inserido em nosso ordenamento jurídico no desiderato de espancar dúvida quanto à incidência nesses casos da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal (“Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”).

Aqui se justifica a desnecessidade de autorização judicial, não fosse pela circunstância do flagrante em si, porque não seria razoável assegurar o direito à intimidade no momento da prática de uma infração criminal. No particular, tenha-se em mente que os direitos fundamentais no ambiente criminal são garantias que limitam o exercício do dever-poder da persecução criminal e, malgrado se “... apliquem a todo e qualquer poder de polícia, em relação aos órgãos que tratam da polícia ostensiva e de preservação da ordem, elas possuem uma coloração diferente, porquanto esta, além de não ter a função de punir, mas sim de prevenir ou sustar a prática de um crime, de regra, é desempenhada em situações que reclamam imediata intervenção”³¹⁵.

³¹⁴ Sobre a infiltração virtual, cf. o documentário **Deep Web** (Disponível em: <https://youtu.be/nxt5291DuLk>. Acesso em: 10 fev. 2021).

³¹⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal**, p. 215.

Assim, para além das 3 (três) hipóteses de permissibilidade da pronta intervenção da polícia ostensiva em casos de flagrantes estampadas na Constituição (art. 5º, incisos XI, XXV e LXI), em princípio, qualquer que seja o direito fundamental, em tese, há a possibilidade de sua flexibilização em decorrência do exercício da atividade de polícia ostensiva e de proteção à ordem pública, desde que se trate de situação de flagrante e não seja razoável a prévia autorização judicial, diante da necessidade da pronta intervenção, sob pena de ineficácia da medida.

Cabe lembrar que esse entendimento se presta para conferir suporte à legalidade do § 4º do art. 13-B do CPP, que prevê, no curso do desenvolvimento de crime relacionado ao tráfico de pessoas, a possibilidade de a autoridade responsável pela diligência requisitar diretamente o acesso a informações quanto à localização da vítima ou de suspeitos, caso o juiz não decida a respeito no prazo de 12 (doze) horas.

5.A.5.4. Conclusão e arquivamento do inquérito policial

Concluído o inquérito policial, os autos devem ser enviados, diretamente, para o Ministério Público, a despeito do que prescreve a primeira parte do art. 23 do Código de Processo Penal (“Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial...”). Isso porque o dispositivo em causa é tido como mais uma das reminiscências do sistema inquisitivo.

Ademais, não há razão nenhuma para o inquérito policial, primeiramente, passar pelas mãos do juiz, até porque o destinatário dos elementos informativos é o Ministério Público, órgão com capacidade postulatória quanto à persecução criminal. O envio ao Judiciário só se presta para burocratizar a tramitação, pois a única providência a ser tomada será o reenvio dos autos para a sede do Ministério Público, em uma triangulação de todo desnecessária e sem razoabilidade.

A autoridade policial pode, e deve, enviar diretamente os autos para o Ministério Público, tarefa hoje facilitada, inclusive, em razão da informatização do inquérito policial, realidade presente, por exemplo, no âmbito da polícia federal, com o chamado *Sistema Eletrônico de Polícia Judiciária – ePol*, que pode ser integrado ao sistema judicial, como é o caso do *Processo Judicial Eletrônico – PJe*.

Em razão dessas considerações, a Resolução do Conselho da Justiça Federal nº 63, de 2009, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 66, de 2009, e a Resolução do Conselho Superior do Ministério Público Federal nº 107, de 2010, regulamentam a *tramitação direta* dos autos do inquérito entre os órgãos da polícia judiciária e os do Ministério Público. Ademais, na ADI 2886/RJ, relator Ministro Joaquim Barbosa³¹⁶, na ementa do acórdão restou grifado que a interpretação escorregada do Código de Processo Penal leva à conclusão de que é “... desnecessária a intermediação judicial quando ausente a necessidade de adoção de medidas constritivas de direitos dos investigados...”

Em compasso com a ideia originária do Código de Processo Penal, “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra” (art. 12). Como de regra as denúncias são oferecidas com suporte em inquéritos policiais, os autos com o inteiro teor dos documentos produzidos na investigação são sempre juntados ao processo. Isso gera uma série de inconvenientes, sem falar, o que é importante, em prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Infelizmente, os inquéritos policiais no Brasil são extremamente anacrônicos. Até parece que investigar é produzir documentos, perdendo o foco que há de ser concentrado na apuração das circunstâncias da infração, da materialidade e dos indícios de autoria. São muitos os documentos que não possuem relevância ou pertinência com o caso em apuração, ademais de não raro serem repetidos papéis nos diversos volumes que formam os autos.

³¹⁶ Disponível em: jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342539/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2886-rj-stf/inteiro-teor-159438059. Acesso em: 25 jan. 2022.

Nota-se, ainda, na prática, o mau vezo de se desvirtuar a finalidade do inquérito policial para transformá-lo em ambiente para explicar a atuação funcional, mediante a documentação da investigação com certidões explicando a paralisação da investigação em razão das férias, da impossibilidade da realização de determinada diligência devido à falta de verba para o combustível, minutas de expedientes a serem feitos para a realização de diligências, entre outras tantas desnecessárias e que não possuem nenhuma pertinência com a apuração em si dos fatos.

Por vezes, além dos muitos volumes do inquérito policial, ainda existem vários anexos, consistentes em autos referentes a investigações feitas pela própria autoridade policial por meio dos incidentes de busca e apreensão, de quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados, assim como, interceptações telefônicas. Isso quando não há anexo fruto de apurações realizadas por outros órgãos, como as levadas a efeito pelo Tribunal de Contas da União ou dos Estados, pela Receita Federal, Controladoria Geral da União ou dos Estados e Municípios, Comissão Parlamentar de Inquérito etc.

A despeito disso, diante do comando normativo do art. 23 do CPP, o Ministério Público, em interpretação alargada, com o oferecimento da ação penal, faz a juntada de todos esses documentos, sem especificar na petição inicial quais são os documentos com os quais faz prova da conduta criminosa imputada ao acusado. A defesa, por sua vez, tem de examinar detalhadamente os autos, à procura de provas acaso existentes contra o acusado, uma vez que o Ministério Público não é propriamente obrigado a especificar as provas com as quais pretende provar as afirmações feitas na peça acusatória. Sem embargo das provas mencionadas na denúncia, em princípio, todos os documentos encaminhados com o inquérito policial e os seus respectivos anexos e apensos servem de prova. A defesa que se ocupe em examinar, com lupa, tudo o que foi encaminhado.

Pior ainda, não é incomum o Ministério Público, seja na denúncia ou nas razões finais, não fazer referência, por exemplo, a um diálogo objeto da interceptação telefônica, mas o juiz, na sentença, levar essa prova em consideração, para fins de firmar a sua convicção quanto à culpabilidade do acusado, pois foi juntada em um dos anexos ou apensos. Em outras palavras, o juiz finda fazendo referência a uma prova dos autos que não foi objeto de debate, simplesmente porque, embora juntada ao processo no meio de diversos outros documentos, em nenhum momento foi mencionado pelo Ministério Público, ainda que nas razões finais.

Nesses casos, a defesa fica em evidente desvantagem, a revelar, de outra banda, claro cerceamento do direito de defesa, diante da ofensa ao princípio da não surpresa, aplicável no processo penal com mais razão ainda do que no processo civil (art. 10 do NCPC), tal como defendido no item 5.1.9.8.2.

Certamente para obviar esse inconveniente, a Lei nº 13.964, de 2012, em redação que peca pela falta de clareza, salientou, no art. 3º-C, § 3º, que “Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acauteladas na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviado ao juiz de instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou e antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado”.

Ou seja, dado que também foi suspenso na liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux, se esse dispositivo entrar em vigor, o Ministério Público não poderá mais, simplesmente, fazer a juntada dos autos do inquérito policial, mediante o oferecimento da ação penal. Terá de retirar as provas e elementos informativos constantes do inquérito policial que entender pertinentes para a propositura da denúncia, pedindo expressamente a juntada aos autos, ficando o juiz da instrução e julgamento vinculado a esses documentos, pois sequer terá acesso ao que produzido na fase da investigação em si, na medida em que os autos do inquérito policial permanecerão com o juiz das garantias, à disposição, apenas, das partes.

Por fim, malgrado tenha passado da hora, o legislador cuidou de alterar a redação do art. 28 do CPP (“Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de

considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”), no desiderato de ajustá-lo ao sistema acusatório.

Desde a primeira edição deste livro, sustentamos que esse dispositivo é uma clara reminiscência do sistema acusatório, de modo que ele foi revogado pela Constituição de 1988.

Em socorro a essa tese, o Projeto de Lei nº 4.209/2001, que cuida da investigação criminal, e constava do pacote da reforma tópica, tendo em conta o sistema acusatório, propõe a alteração do art. 28 do Código de Processo Penal, no sentido de que o próprio Ministério Público, quando se convencer da inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia, promova, fundamentadamente, o arquivamento do inquérito, com o consequente envio da promoção para o órgão superior da instituição³¹⁷. No mesmo sentido, é a proposta contida no texto do NCPP aprovado pelo Senado.

A despeito dessas iniciativas, a Lei nº 13.964, de 2019, cuidou de modificar o texto do art. 28, a fim de atribuir ao próprio Ministério Público o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos, com a devida comunicação à vítima, ao investigado e à autoridade policial e remessa dos autos à instância do órgão ministerial responsável pela revisão da matéria.

Ademais, previu ainda que, “se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica (art. 28, § 1º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Como se observa, adotou-se a mesma solução alvitrada para o arquivamento de inquérito civil, de modo que a questão quanto ao oferecimento, ou não, da ação penal seja resolvida no interior do próprio órgão ministerial, apresentado esta como o tratamento mais adequado e em sintonia com o sistema acusatório.

Nem se diga que tal providência tem a possibilidade de gerar algum tipo de instabilidade, até porque, mesmo com a disciplina empregada pelo art. 28 do CPP, a última palavra quanto ao oferecimento, ou não, da denúncia fica com o Ministério Público. Portanto, a atração dessa responsabilidade quanto ao arquivamento para o Judiciário é inócua. O poder *decisório* quanto ao ajuizamento ou não da ação penal fica, para todos os efeitos, nas mãos do Ministério Público.

Assim, se o representante do Ministério Público entende que é caso de arquivamento, deve arquivar a investigação ou inquérito policial e, *motu proprio*, submeter o seu entendimento ao crivo do órgão colegiado respectivo. É de todo desnecessária a intervenção do Judiciário para esse fim.

Infelizmente, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.300/DF, o Ministro Fux³¹⁸, em decisão monocrática, dentre outros dispositivos, determinou a suspensão da vigência do art. 28, caput, do CPP, com a redação emprestada pela Lei nº 13.964, de 2019, ao argumento de que

(c1) Viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (Artigo 169, Constituição), além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos (Artigo 127, Constituição), a alteração promovida no rito de arquivamento do inquérito policial, máxime quando desconsidera os impactos sistêmicos e financeiros ao funcionamento dos órgãos do parquet;

(c2) A previsão de o dispositivo ora impugnado entrar em vigor em 23.01.2020, sem que os Ministérios Públicos tivessem tido tempo hábil para se adaptar estruturalmente à nova competência estabelecida, revela a irrazoabilidade da regra, inquinando-a com o vício

³¹⁷ O que não se compreende, e revela os riscos próprios de uma reforma tópica, é que o § 1º do art. 384 do CPP, alterado pela Lei nº 11.719, de 2008, determina, quando o Ministério Público se recusar a aditar a denúncia para fins de proceder à *mutatio libelli*, que o juiz se utilize, exatamente, do art. 28 do CPP, que é objeto de alteração por parte do Projeto de Lei nº 4.209, de 2001, a fim de adequá-lo ao sistema acusatório. Esse assunto voltará a ser tratado no item 5.1.9.7, infra.

³¹⁸

Disponível

em

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsp?seqobjetoincidence=5840552>. Acesso em: 21 jan. 2022.

da inconstitucionalidade. A *vacatio legis* da Lei n. 13.964/2019 transcorreu integralmente durante o período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu qualquer tipo de mobilização dos Ministérios Públicos para a propositura de eventuais projetos de lei que venham a possibilitar a implementação adequada dessa nova sistemática;

Como se vê, não há argumento de inconstitucionalidade quanto ao conteúdo da previsão normativa impugnada, se bastando a decisão em apontar vício quanto à ausência de dotação orçamentária para o aumento de despesa e à irrazoabilidade do prazo atribuído para a organização estrutura dos órgãos ministerial quanto à absorção da nova demanda.

Deixando de lado a crítica quanto à fundamentação da decisão, ironicamente, no ponto, a concessão dessa liminar teve o condão de repristinar o art. 28 do CPP conforme a sua redação originária, cujo texto é incompatível com o sistema acusatório.

De qualquer modo, para que o Ministério Público não fique, enquanto não é aprovado o projeto de lei em referência, com o monopólio, sem nenhum controle, quanto ao oferecimento, ou não, da ação penal, pode-se construir uma solução intermediária, no sentido de que, quando o acolhimento do pedido de arquivamento importar, apenas, em coisa julgada formal, deve o juiz, sem adentrar ao exame dos fundamentos, acolher a promoção. Porém, quando a decisão tiver o condão de fazer coisa julgada material, e o pedido for teratológico, deve o juiz fazer análise de mérito da questão e, se não concordar, remeter para o Procurador-Geral ou câmara de procuradores. É a aplicação do entendimento esposado pelo Ministro Sepúlveda Pertence do STF, da ocorrência, diante de certas circunstâncias, de uma espécie de *inconstitucionalidade progressiva*, ou melhor, *revogação progressiva*.

Essa parece ser a solução mais adequada, enquanto não resolvida, em definitivo, essa questão.

5.B. Persecução criminal na fase processual

A persecução criminal na fase processual está sob a titularidade do Ministério Público, salvo quanto à ação penal de iniciativa privada. Na configuração do sistema acusatório, o Ministério Público, assim como o acusado, são sujeitos de direito, não existindo supremacia daquele em relação a este. Ainda que o processo criminal seja substancialmente diferente do processo civil, a verdade é que existe uma pretensão resistida, nisso residindo o conflito de interesses entre autor e réu, a ser arbitrado pelo juiz, que não deve tomar partido em relação a nenhum dos dois, tendo em consideração o princípio da imparcialidade, garantia maior de todo e qualquer sistema processual. Ao juiz cabe julgar, não acusar ou atuar em prol da persecução criminal.

De que adiantam os direitos fundamentais se se o acusado não for julgado por um juiz imparcial, que não esteja comprometido ou interessado diretamente na persecução criminal ou mesmo em auxiliar ou fazer as vezes do Ministério Público, suprimindo as suas eventuais falhas ou omissões? Assim, sem embargo dos princípios e regras que conferem legalidade e legitimidade à persecução criminal, para a validade do processo é imprescindível a imparcialidade do juiz, que diz respeito ao que tecnicamente se denomina *competência subjetiva* do juiz. Portanto, ao lado da *competência objetiva*, que é a circunstância de ser da alçada do juiz conhecer e julgar a matéria em consonância com o princípio do *juiz natural*, exige-se que o juiz seja *subjetivamente capaz*, isto é, não haja nenhuma causa de impedimento ou suspeição (arts. 252 e 254 do CPP e, subsidiariamente, arts. 144 e 145 do NCPC).

Em compasso com o que já foi aqui ressaltado, para todos os efeitos, na relação processual penal se verifica um conflito entre os direitos fundamentais na perspectiva objetiva, que representa o dever de proteção eficiente do Estado, conforme o art. 144, caput, da Constituição, e na dimensão subjetiva, que exige o respeito às garantias previstas em prol do acusado³¹⁹. Esse conflito entre os direitos fundamentais configura o que se pode denominar *lide criminal ou penal*.

³¹⁹ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 225.

No sistema acusatório, o Ministério Público é parte, devendo a sala de audiência configurar o triângulo representativo da relação processual, conforme exposto no item 4.2.3, supra³²⁰. Porém, no julgamento do RHC 13.720/SP, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Gilson Dipp, assim decidiu: “O fato de o defensor do réu não estar sentado ao lado do Juiz Presidente, por ocasião de julgamento na Sessão Plenária do Tribunal do Júri, não configura constrangimento à liberdade de ir e vir. O posicionamento do Ministério Público, que se coloca sentado ao lado do Magistrado Presidente do Tribunal do Júri, decorre da Lei nº 8.625/1993, não significando superioridade em relação ao defensor”.

Não raro o acusado se impressiona com a cena que ele vivencia na audiência, pois vê o Ministério Público, que é contra quem ele está debatendo no processo, sentado do lado do juiz, à sua direita, como se fosse alguém que pertencesse ao Judiciário, do outro o escrivão, e mais ao fundo, do lado esquerdo, o seu advogado

5.B.1. Juiz das garantias na fase processual

No projeto do novo Código de Processo Penal a competência do *juiz das garantias* se exaure com a conclusão da investigação. Infelizmente, esse não foi o modelo de juiz das garantias adotado pela Lei nº 13.964, de 2019, muito embora se perceba que o conteúdo do arts. 3º-B e respectivos incisos enxertados no CPP tenham tido o projeto do NCPP aprovado no Senado como fonte de inspiração.

Todavia, a lei em referência inovou na parte em que, para além da competência para exercer o controle da investigação, conferiu ao juiz das garantias competência também para atuar no *processo de conhecimento*, mais precisamente até a fase anterior à da instrução e julgamento.

Portanto, a competência do juiz das garantias prevista no CPP vai além da atuação na fase investigatória, no desiderato de contemplar a prática de todos os atos judiciais precedentes à instrução oral. Restou, dessa forma, criada em nosso meio uma confusa *fase intermediária*, certamente inspirada em outros ordenamentos jurídicos, que reservam para o juiz responsável pelo julgamento a participação apenas no denominado *juízo oral* e, conseqüentemente, no julgamento.

Essa *fase processual intermediária* engloba as fases postulatória e do saneamento, ademais da designação da data de realização da audiência de instrução e julgamento, quando não acatada a rejeição da ação penal ou a absolvição sumária (art. 3º-B, XIV do CPP). Portanto, nesse modelo, cabe ao juiz das garantias, na fase processual, (a) decidir sobre o recebimento, ou não, da ação penal (art. 396, primeira parte, do CPP); (b) determinar a citação do acusado, se for o caso de recebimento (art. 396, segunda parte, do CPP); (c) analisar a resposta da defesa sobre as teses agitadas quanto à rejeição da peça inicial, o julgamento antecipado do processo, por meio da absolvição sumária (art. 397 do CPP), ou a confirmação do recebimento da denúncia ou queixa, com a consequente designação de data para a realização da audiência de instrução e julgamento, cabendo-lhe providenciar as intimações do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, quando houver, do assistente e do querelante (art. 399 do CPP).

Todavia, esse formato gera várias dificuldades e inconvenientes. A atuação do juiz das garantias também na fase do processo de conhecimento tem o condão de ocasionar a fratura da tramitação processual, laborando contra a duração razoável do processo.

Com efeito, em razão dessa fase intermediária, independentemente da forma como vier a ser implantado o juiz das garantias – em varas distintas ou atuação na mesma vara do outro juiz – o processo, proferida a decisão de saneamento, terá de sair das *mãos* do juiz das garantias e ser entregue ao juiz da instrução e julgamento.

Se o *juiz das garantias* e o da *instrução e julgamento* forem lotados em varas distintas, o que será o mais usual, isso implicará na interrupção dos trabalhos cartorários em um juízo para o

³²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Data da decisão: 09/09/2003. Disponível em: www.stj.org.br/jurisprudencia. Acesso em: 11 out. 2005.

envio do processo para outro. Ainda que a maioria dos órgãos jurisdicionais estejam informatizados, a transferência dos autos terá de ocorrer, o que ocasionará claro entrave ao andamento do processo.

Ora, por mais automatizado que o processo eletrônico seja, ele reclama a atuação manual de servidores, sendo necessária a interrupção da tramitação normal do processo, a fim de que os autos sejam transferidos para o outro juízo, a fim de que, então, haja o retorno do andamento do feito.

Isso sem mencionar que ficou na atribuição do juiz das garantias marcar a data da audiência a ser realizada pelo juiz da instrução e julgamento, exigindo que aquele, naturalmente, tenha ciência da agenda de audiência deste. A ideia, parece claro, foi a de que o juízo das garantias remetesse os autos do processo para o da instrução e julgamento pronto para a realização da audiência, uma vez que além da data fixada, todos já estariam intimados

Essa pretensão do legislador só seria fatível em relação à separação das competências quanto às atuações do juiz das garantias e o da instrução e julgamento entre magistrados que atuam em uma mesma vara. Nos casos em que designada uma vara específica para servir de juízo das garantias, seria muito difícil um órgão marcar a audiência para ser realizada por outro. Na prática, cada juiz organiza a sua pauta de audiência levando em conta uma série de considerações específicas, inerentes à forma como gerencia o serviço jurisdicional sob a sua responsabilidade, o que inclui a escolha de determinados dias da semana, horário, tempo de duração e de intervalo entre uma e outra.

A organização do serviço jurisdicional, especialmente da audiência, faz parte da gestão do serviço forense, que é levada a efeito pelo magistrado conforme as singularidades das atividades afetas à vara e diversos fatores, inclusive questões de ordem pessoal do próprio magistrado, diante do estilo de atuação por ele adotado.

E aqui se observa uma incongruência. Conforme expresso no art. 3º-C, § 2º, do CPP, o juiz da instrução e julgamento, ao receber os autos, não está vinculado às decisões do juiz das garantias, de modo que ele pode, até mesmo, rejeitar a ação penal ou absolver sumariamente o acusado, com o conseqüente cancelamento da audiência previamente marcada.

Se assim for, parece de todo prematuro esse prévio agendamento da audiência, quando, pelo que prescreve a norma, o juiz de instrução e julgamento ainda deve fazer um novo saneamento do processo, muito embora o legislador não tenha exigido decisão expressa nesse sentido.

Com efeito, ainda que não seja necessário decidir a respeito, o juiz da instrução e julgamento, ao receber os autos do juízo das garantias, precisa fazer análise do seu conteúdo para então, se for o caso, proferir decisão, nos termos do art. 3º-C, § 2º, do CPP. Aqui se identifica outro paradoxo.

É como se o juiz das instrução e julgamento atuasse na qualidade de órgão revisor quanto aos atos praticados pelo juiz das garantias nas fases postulatória e de saneamento, podendo, inclusive, rejeitar a ação penal ou absolver sumariamente.

Como se verifica, essa sistemática instaurada mercê do modelo de juiz das garantias alvitrado pela Lei nº 13.964, de 2019, não é nada razoável. Os atos praticados na fase processual pelo juiz das garantias não precluem, podendo ser revistos pelo juiz da instrução e julgamento.

Parece mais do que óbvio que, na prática, sempre que o processo for remetido para o juiz da instrução e julgamento, a parte interessada irá questionar o recebimento da ação penal e a decisão de saneamento feitos pelo juiz das garantias, obstando o trâmite normal do processo

No ponto, merece aplauso o projeto do NCPP, na medida em que, corretamente, restringe a atuação do juiz das garantias apenas à fase investigatória, deixando todo a fase processual para o outro juiz.

Aliás, o tratamento normativo conferido pela Lei nº 13.964, de 2019 desenhando o modelo de juiz das garantias não se apresenta como mero paradoxo e aponta em direção a vício de inconstitucionalidade, porquanto, ao fim e ao cabo, não serve para garantir a preservação do princípio universal da imparcialidade do juiz.

Ora, se a finalidade do juiz das garantias é separar o juiz que atua na investigação daquele que julga, não é nada coerente deixar sob a batuta do juiz das garantias decidir sobre o recebimento da ação penal e o saneamento, pois nesse caso ele vai avaliar os elementos informativos e provas colhidos na fase investigatória, que passaram pelo seu próprio *controle de legalidade*.

Há de se convir que o juiz da instrução e julgamento é o que detém a *imparcialidade* para decidir a respeito, até porque essa apreciação pode implicar não apenas na extinção do processo com a rejeição da ação penal, mas também na absolvição do acusado.

5.B.2. Juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal

Como salientado linhas acima, o juiz das garantias foi contemplado no texto do NCPP, aprovado pelo Senado (PLS nº 156, de 2009), e está sendo mantido, com algumas modificações, no Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, em trâmite na Câmara dos Deputados.

Desde logo, chama a atenção que no último substitutivo, apresentado pela Comissão Especial, em 13 de abril de 2021, foi realçado o instituto do juiz das garantias se justifica como imperativo constitucional, dado que indispensável para cumprir a cláusula constitucional que assegura o direito a um *juízo imparcial* (“art. 14. Para o pleno respeito da garantia constitucional do julgamento imparcial, é indispensável que o juiz que apreciará a ação penal não seja o mesmo que acompanha a colheita dos elementos informativo do inquérito policial”)

Isso porque em um sistema democrático que tem como espinha dorsal os direitos fundamentais, é imprescindível a imparcialidade do juiz, que se apresenta como o tutor das garantias outorgadas aos jurisdicionados. De nada servem as meras declarações dos direitos fundamentais, sendo necessário o estabelecimento de mecanismos para assegurar a sua efetividade. No processo penal, para a preservação dos direitos fundamentais, nas perspectivas objetiva e subjetiva (notadamente nesta), é imprescindível a imparcialidade do juiz.

A perseguição criminal não pode ser instrumento de perseguição política nem *arena* para ser travada uma *guerra*, ainda que jurídica, a chamada *lawfare*, manifestando-se a imparcialidade do juiz a garantia maior de um processo justo.

O juiz das garantias, dessa maneira, na ideia do substitutivo, corretamente passa a se constituir em mais uma regra de impedimento. Observe-se que, em verdade, os institutos da suspeição e impedimento servem, exatamente, para assegurar a imparcialidade do julgador.

Note-se que a restrição da atuação do juiz das garantias à fase investigatória se assemelha ao que dispõe o art. 252, III, do CPP, que veda ao juiz o exercício da atividade jurisdicional quando ele “tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito”. Trata de uma regra que parte de um dado objetivo.

Pode ser, é claro, que um certo juiz, mesmo tendo anteriormente se pronunciado de fato ou de direito sobre o assunto, ainda assim, conserve, subjetivamente, a sua imparcialidade, e, até mesmo, ao ser chamado se pronunciar novamente sobre o tema, venha a modificar o seu entendimento anterior.

Contudo, essa regra que veda o exercício da atividade jurisdicional em determinadas situações, como tantas outras de impedimento ou suspeição, é estabelecida em compasso com a teoria do *padrão objetivo de imparcialidade*. Não se mostra suficiente o juiz *ser imparcial*, ele precisa *parecer imparcial*. É a máxima da mulher de César: para ser respeitada, não basta ela ser honesta, precisa parecer honesta.

Para quem está no *banco dos réus*, ser julgado pelo juiz que, na fase investigatória, determinou a busca e apreensão dos seus bens, a sua prisão e a quebra dos seus sigilos bancário e fiscal, não passa de um juízo de *confirmação* de uma convicção formada anteriormente, quando o julgador determinou as medidas mencionadas.

No mais, o substitutivo em menção, fazendo pequena alteração redacional ao atual caput do art. 3º-B, do CPP, e ao texto aprovado no Senado, ressalta, no art. 15, que “O juiz das garantias

é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, competindo-lhe:”

O dispositivo ficou com redação mais enxuta, ao excluir a explicação de que essa atuação era quanto à salvaguarda dos direitos individuais “... cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”.

Talvez o Deputado Federal João Campos tenha preferido alterar o texto diante da consideração de que todo direito fundamental catalogado na constituição só pode ser flexibilizado em uma investigação mediante autorização judicial. Acontece que, em nosso sistema jurídico, as Comissões Parlamentares de Inquérito, salvo em relação aos direitos fundamentais dotados de cláusula de reserva de jurisdição estrita, possuem poderes para a flexibilização de direitos fundamentais³²¹.

Ainda assim, a dicção normativa emprestada pelo último substitutivo ao artigo em causa manifesta-se adequada, pois a disciplina legislativa diz respeito à investigação criminal. O único reparo aqui é quanto à utilização da expressão *direitos individuais*, ao invés de *direitos fundamentais*.

Tal se dá porque os direitos essenciais à condição humana, retratados nas declarações de direitos humanos, não são *individuais*, mas *coletivos*. Aliás, não pertencem, sequer, à geração atual, pois, em verdade, fazem parte do patrimônio histórico da humanidade, sendo todos responsáveis pela sua preservação, em respeito a tantos quantos lutaram e, até mesmo, perderam suas vidas pela materialização dessa classe de direito e para assegurar o seu usufruto pelas gerações futuras, sem retrocessos. A nomenclatura direitos fundamentais é reservada para significar os direitos relativos à dignidade da pessoa humana declarados em uma determinada Constituição³²².

Quanto às atribuições, chama a atenção que a competência do juiz das garantias, no projeto do novo Código de Processo Penal, corretamente, fica restrita à fase da investigação, não lhe sendo cometida nenhuma atuação na fase do processo de conhecimento, evitando tumulto processual, o comprometimento da duração razoável do processo e, enfim, que o juiz responsável por atuar na fase investigatória venha a decidir sobre o que foi validado por ele próprio.

Esse modelo de juiz das garantias previsto no projeto do NCPP, estreme de dúvidas, é muito melhor do que o concebido pela Lei nº 13.964, de 2021.

Ainda em relação às atribuições, merece destaque o fato de o último substitutivo apresentado em 2021 ter inserido norma similar à do atual inciso IV do art. 3º-B, do CPP (“Ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal”). É de fundamental importância que essa alteração, alvitrada no parecer substitutivo, seja aprovada pelo parlamento, a fim de que em nosso sistema a máxima de que nenhuma investigação pode existir sem que seja do conhecimento de um juiz das garantias, a quem cabe exercer o controle de legalidade, no escopo de evitar arbitrariedades.

No ponto, na proposição sufragada pelo relator, o texto atual do CPP foi acolhido com pequena alteração de redação, sem modificação, portanto, do conteúdo, pois assim está a dicção normativa: “receber informações acerca da instauração de investigações criminais”. Comete, porém, o mesmo pecado do legislador do chamado *Pacote Anticrime*, na medida em que se descurou em dizer do prazo para o envio dessa comunicação a respeito da instauração da investigação.

O correto seria estabelecer o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para o envio dessa informação para o juízo das garantias quanto à instauração da investigação, a despeito de o silêncio em relação a essa questão permitir a aplicação analógica da previsão normativa a respeito do encaminhamento dos autos da prisão em flagrante³²³.

³²¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, 3. ed., Natal: OWL, 2021, pp 210-212.

³²² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, pp 167-168.

³²³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teórica (constitucional) do processo penal**, p. 444.

O melhor, naturalmente, seria que, tal como já observado, o legislador fosse expresso em determinar que, uma vez instaurada, a investigação (inquérito policial, procedimento de investigação criminal etc.) seja distribuída no sistema eletrônico processual utilizado pelo Judiciário, a fim de que o juiz das garantias possa exercer com maior plenitude a sua missão de “determine(ar) o trancamento da investigação quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou para o seu prosseguimento” (inciso VIII, art. 15, do último substitutivo) e, enfim, exerça o efetivo *controle de legalidade da investigação*, sem a necessidade de “requisitar documentos, laudos e informações sobre o andamento da investigação” (inciso IX, art. 15, do último substitutivo).

Até porque, para fins de decisão sobre o trancamento da investigação ou o seu prosseguimento, o juiz das garantias terá necessariamente de possuir acesso aos respectivos autos. E isso deve acontecer sem prejuízo da prática dos atos investigatórios conduzidos pela autoridade policial ou pelo membro do Ministério Público, conforme seja o responsável pelos atos investigatórios.

Essa distribuição eletrônica da investigação, por outro lado, não inviabiliza a sua tramitação direta entre a polícia e o Ministério Público, muito menos implica em alteração quanto ao responsável pela sua condução e direção. Essa é uma questão de fácil programação eletrônica, mediante a descrição dos respectivos perfis de acesso aos autos, como acontece no processo judicial eletrônico, o chamado PJe, sistema criado, disponibilizado e recomendado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

De outra banda, essa distribuição eletrônica da investigação se apresenta importante, ainda, para o exercício da defesa investigativa, igualmente prevista no projeto do NCPP. Ademais de a defesa poder se cadastrar nos autos da investigação, com plena observância da Súmula Vinculante nº 14³²⁴.

Nem se diga que tal publicidade poderia inviabilizar a investigação, pois há solução tecnológica nos sistemas processuais eletrônicos, a exemplo do PJe, no sentido de que a investigação ou partes da investigação fiquem inacessíveis a pessoas cadastradas nos autos a depender do perfil do usuário. Portanto, documentos sigilosos podem ficar acessíveis, apenas, à autoridade investigante e ao juiz das garantias.

De mais a mais, com essa solução, a defesa, sempre que tivesse o interesse em obter alguma informação sobre qualquer tipo de investigação, poderia peticionar diretamente ao juiz das garantias, a fim de obter a informação e o acesso ao que já apurado e documentado, nos termos da Súmula Vinculante 14, em o menor prejuízo quanto às diligências pendentes ou em curso que não podem ainda ser reveladas, sob pena de prejuízo para a apuração dos fatos.

De qualquer sorte, ainda que o dispositivo em exame seja aprovado com a redação proposta no último substitutivo, os tribunais poderão estruturar os juízos das garantias com a viabilização eletrônica para fins de distribuição das investigações, tal como aqui sugerido, orientação, aliás, que foi discutida pela comissão instituída no âmbito do Conselho da Justiça Federal³²⁵, com a finalidade de realizar estudos para a implantação do juiz das garantias.

Há, ainda, em relação às atribuições do juiz das garantias, uma alteração pontual quanto à disciplina da *prorrogação da prisão* na fase da investigação. Tal como disciplinado atualmente, não basta o juiz das garantias decidir nos autos a respeito da prorrogação, sendo obrigatória a realização de audiência oral, preservando-se o contraditório, conforme esmiuçado no item 6.2.5.3.1, infra.

Desde o texto aprovado no Senado, porém, quanto à prorrogação da prisão na fase da investigação, garante-se apenas a necessidade de o juiz das garantias decidir a respeito, sem a

³²⁴ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

³²⁵ Processo SEI nº 0007185-75.2019.4.90.8000.

necessidade de audiência oral, com a presença das partes e, ainda, do preso, assegurando a este o direito a voz.

O ideal, portanto, seria manter essa sistemática, a fim de que preservada a exigência de audiência oral para fins de decisão sobre a *prorrogação* da prisão provisória no âmbito da investigação, situação sobremaneira distinta da *renovação*, regida pelo art. 316, parágrafo único do CPP, em que não há necessidade de audiência.

5.B.3. Considerações sobre os procedimentos processuais

O processo é o instrumento com o qual se exerce a jurisdição, atuando o Judiciário na composição do *conflito de interesses* entre o *dever-poder de exercício da persecução criminal*, de um lado, e, de outro, o *direito à liberdade, à preservação da imagem e da honra* da pessoa a quem é imputada a prática do ilícito penal. O processo se constitui na *relação jurídica* que rege os sujeitos principais: juiz, autor e réu. Já o procedimento é o rito, o caminho pelo qual o processo se desenvolve do início até o final, no trato da persecução criminal.

Na sua arquitetura, o Código de Processo Penal de 1941 foi concebido em *Livros*, os livros em *Títulos*, os Títulos em *Capítulos* e os Capítulos em *Seções*. Dos seis *Livros*, o segundo foi denominado, a tecnicamente, *DOS PROCESSOS EM ESPÉCIE*. Em verdade, deveria ser intitulado *DOS PROCEDIMENTOS* ou *DOS PROCEDIMENTOS EM ESPÉCIE*. O referido Livro está dividido em dois Títulos, impropriamente chamados *DO PROCESSO COMUM* e *DOS PROCESSOS ESPECIAIS*.

Como se vê, ao invés de o legislador dizer que há o *procedimento comum e o especial*, fala que existem o *processo comum* e o *processo especial*. Acontece que o que é comum ou especial é o *procedimento* o rito, não o *processo*. Como se não bastasse, influenciado pelo Código de Processo Criminal de 1832, o legislador originário do CPP classificou o tribunal do júri como espécie do procedimento comum. Consoante aqui foi visto, no Código de Processo Criminal de 1832, o rito previsto para a maioria dos crimes era o do tribunal do júri, daí por que ele era considerado como procedimento ordinário³²⁶. Todavia, na medida em que o rito do tribunal do júri foi restringido, de modo que passou a ser contemplado apenas para os crimes dolosos contra a vida, ele passou a ser especial, aliás, o mais especial de todos, diante das peculiaridades significativas em relação a sua composição, assim quanto ao seu funcionamento, com a previsão de duas fases bem distintas, a primeira, o juízo de acusação, da competência do juiz singular, e, a segunda, o juízo de julgamento, perante um colegiado, presidido por um magistrado, mas composto de pessoas leigas.

Por outro lado, o procedimento especial foi contemplado para os crimes de falência, contra a honra, de responsabilidade dos servidores públicos e contra a propriedade imaterial. Incluiu, também de modo atécnico, o sumário dentro do procedimento especial.

O critério utilizado para a definição dos ritos ordinário e sumário era o tipo de pena previsto para o crime no Código Penal, o que bem demonstra que, em verdade, o rito sumário era comum, e não especial como dispunha a lei processual³²⁷. Para os crimes mais graves, agraciados com pena de reclusão, um procedimento mais amplo, o ordinário, ao passo que para os delitos menos graves, quando prevista a pena de detenção, o sumário. Em rigor, não havia diferença maior entre um rito e outro, a não ser quanto a pequenos detalhes, a saber:

- a) Enquanto no ordinário eram previstas três audiências, a primeira para o interrogatório, a segunda para a inquirição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e terceira para ouvir as indicadas pela defesa, no procedimento sumário eram apenas duas, uma para o interrogatório e outra

³²⁶ Cf. item 2.1, supra

³²⁷ Ora, como o procedimento sumário foi estabelecido para todo e qualquer crime punido com pena de detenção, ele não era especial, mas sim comum. Veja-se que o procedimento sumário, no processo civil, corretamente, é considerado como procedimento comum.

- para ouvir tanto as testemunhas arroladas pelo Ministério Público quanto pela defesa.
- b) O número de testemunhas no ordinário era de 8 (oito), e no sumário de 5 (cinco).
- c) No ordinário, após as inquirições das testemunhas, as partes, sucessivamente, primeiro o Ministério Público, tinham o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para requerer diligências, cuja necessidade ou conveniência se originasse de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, porém, no sumário, não havia essa fase.
- d) As razões finais, no ordinário, eram no prazo de cinco dias, ao passo que no rito sumário, eram em audiência.
- e) A sentença, no rito ordinário, era no prazo de cinco dias, enquanto no sumário, em audiência, podendo, porém, quando o juiz não se julgasse habilitado, ser proferida no gabinete.

Com apuro técnico, a Lei nº 11.719, de 2008, sanou algumas das impropriedades aqui apontadas. Corretamente, no art. 394, caput, do CPP, está dito que o procedimento será comum ou especial, para ressaltar, no § 1º, que o comum será ordinário, sumário e sumaríssimo. Abandonou-se o critério de fazer a divisão entre procedimento ordinário e sumário de acordo com a espécie da pena para adotar o da quantidade da pena privativa de liberdade da infração objeto do processo. Desse modo, na nova disciplina, o procedimento comum é:

- a) Ordinário, quando a pena privativa de liberdade for igual ou superior a quatro anos.
- b) Sumário, quando a pena privativa de liberdade, superior a dois anos, for inferior a quatro.
- c) Sumaríssimo para as infrações de menor potencial ofensivo, assim considerados os crimes cuja pena máxima não é superior a dois anos e todas as contravenções, independentemente da quantidade da pena³²⁸.

O procedimento do júri, acertadamente, ficou classificado como especial, pois comum são apenas aqueles assim definidos no § 1º do art. 394, do CPP.

De qualquer forma, infelizmente, o legislador, não se sabe o motivo, deixou de modificar os nomes do Livro II e dos Títulos I e II. Assim, os denominados procedimentos comum e especial estão inseridos no Livro *DOS PROCESSOS EM ESPÉCIE*, e, respectivamente, nos Títulos *DO PROCESSO COMUM* e *DOS PROCESSOS ESPECIAIS*. O pior é que o legislador não providenciou a modificação quanto às localizações topográficas dos procedimentos do tribunal do júri e do sumário. Assim, os artigos que disciplinam o procedimento do tribunal do júri estão grafados no Título I, cuja rubrica é *DO PROCESSO COMUM*. Por outro lado, o procedimento sumário, agora reconhecido como comum, está no Título II, cuja denominação é *DOS PROCESSOS ESPECIAIS*.

A Lei nº 11.719, de 2008, naturalmente, deveria ter feito as devidas retificações, mas, infelizmente, assim não procedeu. Essas anomalias vão ter de ser reparadas, com a brevidade possível³²⁹.

Voltando a comentar sobre o conteúdo das modificações introduzidas pela Lei nº 11.719, de 2008, ao tempo em que se determinou a aplicação subsidiária das disposições do procedimento ordinário aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo, acrescentou-se que as regras contidas nos arts. 395 a 398 devem ser aplicadas a todos os procedimentos penais de primeiro grau, mesmo aqueles não tratados pelo Código de Processo Penal (art. 394, § 4º). Por via de consequência, as referidas regras deverão ser observadas, até mesmo, nos procedimentos regidos por leis extravagantes. Esses dispositivos dizem respeito às hipóteses de rejeição (art. 395 do CPP), ao recebimento da denúncia e à determinação da citação para a resposta, no prazo de dez dias (art. 396 do CPP), à obrigatoriedade da apresentação da defesa e o seu conteúdo (art. 396-A, § 1º e 2º §,

³²⁸ O rito sumaríssimo, apesar de ser substancialmente diferente dos procedimentos ordinário e sumário, ainda assim, é, tecnicamente, comum, pois é definido para qualquer espécie de crime, conquanto que a pena não seja superior a dois anos. Apesar de esses crimes serem considerados de menor potencial ofensivo, note-se que o critério é o da quantidade da pena prevista na lei, não da natureza em si do delito. Ademais disso, o sumaríssimo é o procedimento estabelecido pela Lei nº 9.099, de 1995, para toda e qualquer espécie de contravenção, independentemente da quantidade da pena.

³²⁹ Cf. 3.2.1, supra.

do CPP) e ao instituto da absolvição sumária (art. 397 do CPP). A remissão ao art. 398 foi um lapso, na medida em que a proposta de que esse dispositivo passasse a dispor sobre a admissibilidade do recurso de apelação da decisão de rejeição da denúncia ou queixa não foi aprovada no Parlamento. Esse dispositivo, por conseguinte, não existe³³⁰.

Note-se que, em diversos procedimentos, como os previstos para o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (art. 513 do CPP), crimes de responsabilidade (art. 2º, I, do Decreto-lei nº 201, de 1967), nos processos da competência originária dos tribunais (art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.038, de 1990), nos crimes de tráfico de entorpecentes (arts. 55 e 56 da Lei nº 11.343, de 2006), há a previsão de que, ofertada a denúncia, antes da decisão sobre o seu recebimento, ou não, deve ser notificado o acusado, para fins de apresentação de resposta. Essas previsões específicas para os procedimentos especiais, em razão da norma inserida no art. 394, § 4º, do CPP, foram revogadas, salvo em relação ao procedimento estabelecido na Lei nº 8.038, 1990, uma vez que não se trata de rito aplicável à primeira instância, mas sim aos tribunais³³¹.

Com efeito, o art. 396 do CPP, de forma peremptória, diz que, oferecida a denúncia, deve o juiz decidir sobre o seu recebimento ou não, devendo, no caso da admissibilidade, determinar, incontinenti, a citação para a apresentação da resposta no prazo de dez dias. Se esse dispositivo, por expressa disposição legal, é aplicável a todo e qualquer tipo de procedimento penal de primeiro grau, ainda que especial, regulado, ou não, no CPP, não cabe mais a notificação ou intimação para a apresentação da defesa preliminar, para só depois haver a decisão quanto ao recebimento, ou não, da ação penal.

De qualquer sorte, para evitar maiores discussões ou incidentes no trâmite processual, quando da elaboração do Plano de Gestão das Varas Criminais e de Execução Penal pelo Conselho Nacional de Justiça³³², foi alvitrada como melhor solução para os casos em que há lei especial prevendo a defesa preliminar antes do recebimento, o juiz, de imediato, determinar a realização da citação do acusado, deixando para decidir se recebe ou rejeita a ação penal para depois da resposta. Esse procedimento, ao tempo em que permite a eliminação da defesa preliminar prevista, preserva a garantia da ampla defesa do acusado e confere a celeridade necessária para o julgamento do processo, especialmente quando há acusado preso. Quando assim não procede o juiz, os termos da defesa preliminar são repetidos, *ipsis litteris*, em claro prejuízo, apenas, à duração razoável do processo.

Note-se, em relação ao procedimento especial referente aos crimes contra a honra, que a pena máxima cominada para esses delitos, exceto em relação à injúria do art. 140, § 4º, do Código Penal, não é superior a 2 (dois) anos. Desse modo, a competência é do juizado especial, devendo ser adotado o procedimento específico da Lei nº 9.099, de 1995.

De toda maneira, ao que parece, o art. 394, § 4º, do CPP, disse mais do que queria ou deveria. Decerto que o art. 396 do CPP não deve ser aplicado quanto ao procedimento estipulado para o juizado especial, uma vez que o prazo para a resposta é na data da audiência de instrução e julgamento, quando o juiz deverá, antes de iniciar a inquirição das testemunhas, decidir se a receberá, ou não.

Diante do entendimento adotado tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo

³³⁰ Cf. 3.2.1, supra.

³³¹ Esse foi o entendimento sufragado no Fórum Nacional dos Juizes Criminais — FONACRIM, cujo enunciado contém o seguinte teor: “o § 4º do art.394 do CPP entendeu pela revogação da defesa preliminar da Lei de Drogas, em primeiro grau de jurisdição.”

³³² Coordenamos o grupo de trabalho que elaborou o Plano de Gestão, ademais de termos sido o relator da matéria em plenário do Conselho Nacional de Justiça, aprovada à unanimidade (Cf. <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/plano-gestao-varas-criminais>).

Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, por meio das Súmulas nºs 723³³³ e 243³³⁴, não se tem dúvidas de que, na definição do procedimento aplicável, devem ser levadas em consideração as eventuais qualificadoras e causas de aumento e de diminuição. Dessa forma, no caso de concurso material e formal impróprio, as penas máximas devem ser somadas, de concurso formal próprio, deve-se aplicar o aumento na fração máxima (metade) e, na hipótese de crime continuado, a majorante máxima (dois terços). Até porque o critério eleito não foi a espécie de crime ou de sanção, mas sim a quantidade da pena.

Independentemente do tipo de procedimento previsto, o processo é dividido em fases mais ou menos bem definidas: (a) *fase postulatória*, que vai da petição inicial até a resposta do acusado, momento em que as partes devem formular os seus pedidos, indicar e especificar as provas produzidas e a produzir; (b) *fase do saneamento ou absolvição sumária*, que compreende a decisão a ser dada pelo juiz, nos termos do art. 397 do CPP, sobre as preliminares, as provas apresentadas e eventual pedido de absolvição sumária; (c) *fase instrutória*, que corresponde, de regra, à prova produzida em audiência, uma espécie de *juízo oral*; (e) fase decisória, que se trata do momento para prolação da sentença, o que deve ser feito na própria audiência, salvo quando a causa for complexa ou o número de acusados exigir mais tempo do juiz; (f) *fase recursal*, que diz respeito ao reexame da matéria mercê dos recursos interpostos; e (g) *fase executória*, que se trata do processo em que se dá o cumprimento da pena estabelecida na decisão transitada em julgado.

Como foi salientado, no modelo alvitrado pela Lei nº 13964, de 2019, as fases processuais postulatória e do saneamento ou absolvição sumária são da competência funcional do juiz das garantias, enquanto o juiz da instrução e julgamento cuida das fases instrutória e decisória, os tribunais da recursal e o juiz da vara das execuções penais, a fase executória.

5.1. Procedimento ordinário

O rito ordinário foi substancialmente alterado. De acordo com a disciplina anterior do Código de Processo Penal, seguindo a ideia preconizada por um sistema misto em que imperava um forte conteúdo inquisitivo, o procedimento ordinário era anacrônico e sobremaneira burocrático.

Apresentada a ação penal, o acusado, ao invés de ser chamado para se defender por intermédio de advogado, era citado para, em dia e hora, comparecer em juízo, a fim de ser interrogado. Como o interrogatório foi catalogado dentre as espécies de prova, em rigor, a instrução do processo se iniciava quando o acusado, sequer, tinha se entrevistado com o seu advogado, até porque, não raro, nem mesmo ainda o tinha constituído. Como o Supremo Tribunal Federal, mesmo depois da Constituição de 1988, adotou o entendimento de que o acusado, a despeito do direito ao silêncio, podia ser conduzido coercitivamente para o interrogatório e que, nessa audiência, não era imprescindível a presença de defensor, era comum que o seu depoimento fosse prestado sem assistência jurídica, de modo que o advogado só era constituído depois desse ato judicial. Essa situação somente foi remediada com a vinda a lume da Lei nº 10.792, de 2003, que tornou obrigatória, no interrogatório, a presença de advogado constituído ou nomeado (art. 185, caput, do CPP). Como se disse, essa lei faz parte do conjunto de propostas da reforma do processo penal, que findou sendo aprovada quase cinco anos antes dessas últimas três.

Antes da referida lei, via de regra, o interrogatório era um ato solitário entre o juiz e o acusado, porquanto, não sendo obrigatória a presença de defensor e não se admitindo a possibilidade de perguntas pelas partes, nem o Ministério Público nem o advogado compareciam. Dessa forma, não era raro o Ministério Público, além de não conhecer o acusado tampouco chegar,

³³³ “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.”

³³⁴ “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.”

pelo menos, a vê-lo pessoalmente. Bastava o juiz. Ou seja, o primeiro ato de instrução do processo era conduzido e feito sozinho pelo juiz, dele não tendo participação o Ministério Público e o advogado.

Após o interrogatório, o acusado saía intimado para procurar e constituir advogado. Não sendo apresentada a defesa prévia, como ela era facultativa, presumia-se que o acusado tinha preferido não se utilizar dessa oportunidade. Apenas quando o acusado era revel, e isso não acarretasse a suspensão do processo por força do art. 366 do CPP, é que o juiz nomeava, para fins de apresentação da defesa prévia, um defensor dativo.

Passado o prazo da defesa prévia, com ou sem a sua apresentação, o juiz, por meio de despacho, determinava a intimação da data da audiência ao Ministério Público, ao defensor, se já houvesse, do acusado, da vítima, se fosse o caso, e das testemunhas arroladas pelo Ministério Público.

No dia da audiência, se o acusado estivesse sem advogado, o juiz nomeava defensor dativo ou *ad hoc*. Concluída a audiência, em seguida, os autos eram conclusos ao juiz, para novo despacho, agora para marcar a audiência de inquirição das testemunhas apontadas pela defesa, determinando, novamente, a intimação do Ministério Público, do defensor constituído ou nomeado, do acusado, assim como das pessoas indicadas para o depoimento³³⁵.

Encerrada a audiência, mais uma vez, depois, os autos eram conclusos ao juiz, para novo despacho, agora para intimar, primeiro o Ministério Público, depois a defesa, para, no prazo sucessivo de vinte e quatro horas, dizer se tinham, ou não, diligências a requerer.

Vencida essa etapa, por despacho do juiz, era determinada a intimação do Ministério Público para apresentar as razões finais, no prazo de três dias. Em seguida, em outro despacho, o juiz determinava a intimação da defesa, para o mesmo fim, em igual prazo. Só depois de todo esse périplo é que os autos eram conclusos para fins de sentença pelo juiz.

Alguns juízes, porém, evitavam toda essa burocracia e faziam um gerenciamento do processo menos ortodoxo e mais inteligente, tendo como orientação os princípios da concentração e da economia dos atos processuais. Dessa forma, ao invés de no despacho inicial apenas tratar de designar a data do interrogatório e determinar a citação do acusado e a notificação do Ministério Público, desde logo, no mesmo ato, o juiz designava a data para a inquirição das testemunhas. Assim, com o mesmo ato com o qual o acusado e o Ministério Público eram cientificados do interrogatório, eram intimados, outrossim, da data da audiência. O advogado, caso comparecesse ao interrogatório, era intimado, na própria audiência, não apenas para a defesa prévia, como igualmente para a audiência de inquirição de testemunhas³³⁶.

Mesmo em se tratando do rito ordinário, ao invés de serem designadas, como recomendava o CPP, duas audiências, uma para ouvir as testemunhas arroladas pelo Ministério Público e outra, em data diferente, para a inquirição das indicadas pela defesa, no despacho inicial, determinava-se a oitiva de todas elas em um mesmo dia.

Na audiência, após as inquirições, intimava-se, incontinenti, as partes para as diligências e, em seguida, caso nada houvesse a requerer, para as razões finais. Salvo situações mais complexas, via de regra, as partes, em audiência mesmo, diziam quais diligências queriam. Do mesmo modo, a não ser em hipóteses de maior complexidade, o Ministério Público cuidava de fazer oralmente as suas razões finais. Quando o Ministério Público pedia vista para as razões finais, o juiz fazia consignar no termo de audiência o dia em que os autos deveriam ser devolvido e passariam a estar em cartório, à disposição do advogado, para que fossem ofertadas as suas razões finais pela defesa. Com isso, havia uma sensível diminuição do serviço cartorário, ao tempo em que se dava maior celeridade ao andamento do processo.

Assim, nada obstante a burocracia procedimental normativa, muitos juízes faziam a

³³⁵ Alguns juízes, para evitar a renovação das intimações, determinavam a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa na própria audiência prevista para as testemunhas indicadas pelo Ministério Público.

³³⁶ Como juiz de direito e, depois, juiz federal, sempre adotamos essa prática, com inegável êxito na aceleração do andamento processual.

concentração dos atos processuais e, com isso, imprimiam considerável celeridade aos processos.

A leitura da Lei nº 11.719, de 2008 revela que a ideia da concentração e economia dos atos processuais foi adotada na concepção do novo rito ordinário, simplificando, sobremaneira, a tramitação do processo. Aliás, as técnicas da concentração, imediatidade e economia dos atos processuais, regidas pelo princípio da simplificação, são as linhas mestras das normas que estabelecem os novos ritos do processo penal.

Em rigor, com o novo rito ordinário alvitrado pela Lei nº 11.719, de 2008, após o oferecimento da denúncia, não sendo o caso de rejeição, o juiz dá o despacho³³⁷ recebendo-a, com a consequente citação do acusado para apresentar, no prazo de dez dias, a resposta. A defesa que, nesse momento processual, se faz mediante a *resposta*, assim como as razões finais, passa a ser obrigatória e tem de ser *efetiva*, cujo conteúdo deve conter toda a matéria de defesa, não apenas em relação ao mérito, mas a preliminares, exceções, especificação de provas e requerimento de diligências³³⁸. Caso não seja dada a resposta, o juiz deverá intimar a Defensoria Pública ou nomear defensor. Apresentada a resposta, sendo alegadas preliminares e/ou anexados documentos pelo acusado, deverá ser dada vista ao Ministério Público, para fins de impugnação³³⁹. Em seguida, o juiz deverá proferir decisão interlocutória, quando, se for o caso, poderá absolver sumariamente o acusado. Não sendo o caso de absolvição sumária, na própria decisão, o juiz deverá designar a data e hora para a realização da audiência de instrução e julgamento, com a determinação de que sejam intimados o acusado, o seu defensor, o Ministério Público, o ofendido e, se for o caso, o querelante ou advogado do assistente. A audiência seguirá a seguinte ordem:

- a) depoimento do ofendido, se for o caso; b) inquirição das testemunhas; c) esclarecimentos dos peritos; d) acareações; e) reconhecimento de pessoas e coisas; f) interrogatório do acusado; g) requerimento de diligências; h) alegações finais; i) sentença.

É um procedimento moderno, simplificado e racional, o qual, mercê de outras modificações, como a inquirição pelo sistema do *cross examination* e a documentação dos atos processuais por meio de gravação audiovisual, viabiliza a condução do processo dentro de uma perspectiva real de duração razoável. Não se trata de uma modificação tão radical, especialmente para os juízes que, mesmo quando era caso de rito ordinário, faziam audiência de instrução única. A diferença é que, além das testemunhas, o acusado irá ser ouvido na mesma audiência e as razões finais e a sentença deverão ser feitas nesse momento processual. Merece ser ressaltado que essa é uma parte fundamental da reforma.

Os membros do Ministério Público, advogados e juízes precisam se adaptar à nova realidade, de maneira a passar mais tempo em audiência, pelo menos em relação ao que era anteriormente³⁴⁰.

5.1.1. Sistema acusatório e ação penal

Na concepção democrática do Estado tem-se que o poder não pertence ao Estado nem muito menos a quem exerce suas funções. O poder político pertence ao *povo*, que continua o seu legítimo detentor, muito embora outorgue o seu exercício às pessoas selecionadas segundo o critério definido na Constituição. Na tripartição dos poderes políticos, a missão quanto ao exercício do dever-poder de perseguir a responsabilidade criminal de quem, contrariando o ordenamento jurídico, atenta contra os valores mais caros à sociedade – a vida, o patrimônio e a integridades

³³⁷ A fim de imprimir melhor ritmo ao andamento do processo, o juiz, no despacho de recebimento da denúncia, deverá, neste momento, já marcar a data de realização da audiência de instrução e julgamento. Essa questão está melhor detalhada no item 5.1.3.2, *infra*.

³³⁸ Sobre a resposta do acusado à citação, cf. itens 5.1.5 e 5.1.5.1, *infra*.

³³⁹ Nada obstante o dispositivo que sugeria essa providência tenha sido rejeitado pelo Legislativo, aqui se defende que a intimação do Ministério Público para a impugnação é obrigatória. Cf. item 5.1.6, *infra*.

³⁴⁰ Esse aspecto da reforma está mais explorado nos itens 5.1.9.6 e 5.1.9.9, *infra*.

física ou psíquica – recai sobre o Estado-administração, o qual, para bem exercê-la, organiza e estrutura o Ministério Público, confiando a este o desempenho dessa função perante o Judiciário.

Note-se que, em seu primeiro instante, o órgão ministerial, mesmo na seara criminal, era visto como um órgão que se preocupava em defender os *desejos ou necessidades* do soberano ou mesmo do Estado, mas não propriamente os *interesses da sociedade*. Só mais tarde, evidenciou-se que os membros do *parquet*, como lídimos agentes políticos, no exercício de suas funções, não estão no processo criminal para tutelar as *necessidades ou interesses estatais*. Essa característica sobressai com mais vigor quando se olha a função desempenhada pelo Ministério Público quando ele oferta ação civil pública contra o Estado e em prol de uma parte da coletividade. Por mais paradoxal que se apresente, mesmo no ambiente criminal, pode ser que o interesse estatal seja diferente daquele que está sendo defendido pelo Ministério Público. Isso não raro acontece quando são apuradas irregularidades na gestão financeira dos mais diversos órgãos públicos, muitas vezes com a suspeita de envolvimento do chefe do Executivo. Nessas hipóteses, os órgãos estatais, representados pelas pessoas que por eles respondem, contrapõem-se à vontade do Ministério Público.

Justamente por isso é que o Ministério Público, nada obstante pertença ao Executivo, possui autonomia administrativa e financeira, ao passo que os seus integrantes, pelo fato de serem agentes políticos, detêm independência funcional, com o pleno livre-arbítrio para formarem, de acordo com a sua consciência, a convicção sobre os casos por eles conduzidos. O órgão ministerial tutela os interesses da coletividade, até mesmo contra a ação ilícita daqueles que se protegem e usam o cargo público para praticar crimes. Dizer que o Ministério Público defende o Estado é o mesmo que dizer que é a este que pertence o poder, e não ao povo.

De doutra banda, ao Judiciário compete, com independência e imparcialidade, por meio do processo criminal, decidir sobre a persecução criminal exercida pelo Ministério Público. Esse é o sistema acusatório.

Como foi salientado, uma das ideias centrais da Reforma Tópica de 2008, complementada com a reforma promovida pela Lei nº 13.964, de 2019, é a desconstrução do modelo misto do CPP e a solidificação do sistema acusatório. Nesse passo, o legislador, além de procurar adequar os institutos da *emendatio*³⁴¹ e da *mutatio libelli*³⁴² ao perfil acusatório, preocupou-se, até mesmo, em reafirmar, no nível infraconstitucional, que cabe ao Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública” (art. 257, I, do CPP, com a redação da Lei nº 11.719, de 2008).

Com a redação do inciso I do art. 257 procura-se dar ênfase ao sistema acusatório e contribuir para se romper com a ideia do sistema misto, ainda latente na nossa cultura. A sistemática inquisitiva alimenta, por exemplo, a ideia de que o processo criminal, ao contrário do civil, não possui lide ou pretensão resistida, e que o Ministério Público, a bem da verdade, não é parte. Com o sistema acusatório, essas assertivas perdem sentido, pois ele se pauta na noção do contraditório manifestado pela existência de uma pretensão acusatória, deduzida pelo autor da ação e resistida por quem ocupa o polo passivo da relação processual, por meio da defesa feita pelo acusado³⁴³.

Nessa concepção de processo criminal, o Ministério Público, assim como o acusado, é parte e como tal há de ser visto, a fim de que ambos sejam tratados com igualdade e, até mesmo, haja um tratamento sobremaneira atencioso quanto ao direito de liberdade, que decorre, naturalmente, da aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Em verdade, o princípio da presunção de não culpabilidade, nesse parâmetro, se presta a conferir a paridade de armas, tendo em conta a maior força do Estado, que conta com vários órgãos que fazem parte da estrutura do Executivo e possuem atuação na persecução criminal, como são os casos, para além da polícia judiciária e do Ministério Público, os demais órgãos policiais previstos no art. 144 da Constituição, a Receita Federal, o COAF, as controladorias da União e dos Estados e Municípios, Comissões

³⁴¹ A correlação entre a sentença e a denúncia está no item 5.1.9.9.2, *infra*.

³⁴² A respeito da modificação da imputação feita na denúncia, cf. item 5.1.9.9.7, *infra*.

³⁴³ Cf. item 4.1, *supra*.

Parlamentares de Inquérito etc.

Mas se percebe, ainda, uma incongruência em nosso sistema jurídico. Se a ação penal é confiada ao Ministério Público porque a persecução criminal se escora em interesse difuso da sociedade quanto à responsabilidade penal de quem pratica ilícitos, parece um tanto quanto incongruente que subsistam, ao lado das ações de iniciativa pública, as ações de iniciativa privada, cuja titularidade é conferida à própria vítima ou, quando ele é falecido ou declarado ausente, aos seus familiares (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão). Justifica-se a *ação penal de iniciativa privada* com o argumento de que determinados crimes atingem, de forma tão profunda, a intimidade da vítima, que somente esta é quem deve decidir, no caso concreto, se quer ou não que o ilícito e as suas circunstâncias venham à tona com a investigação e o subsequente processo criminal.

Não se nega que, em casos dessa natureza, deve-se deixar, na esfera da intimidade da vítima, decidir se o caso deve, ou não, ser apurado. Quanto a isso não há o que divergir, porém há forma de preservar esse bem jurídico, sem que se utilize da drástica solução de substituir o Ministério Público pela vítima na persecução criminal, o que se resolve mediante o mecanismo da ação penal de iniciativa pública condicionada a representação.

Parece estranha a ação de iniciativa privada, conquanto fundamentada na preservação de interesses íntimos, familiares e sociais da vítima, antes de mais nada porque ela se manifesta como um resquício do tempo em que o procedimento criminal era enxergado sob uma perspectiva que privilegiava o *desejo* da vítima de se *vingar* da agressão sofrida. Ela mantém viva a chama do processo criminal movido por quem tem o interesse de ir à desforra, e não de promover o interesse público na responsabilização penal, o que faz com que o processo se transforme no espaço institucional para se dar *reinício à briga* entre duas pessoas que, se não são inimigas, não se toleram ou não têm a menor simpatia uma pela outra³⁴⁴. Aí é que reside o *punctum dolens* da questão.

Ademais, o *jus puniendi*, como aqui já foi lembrado, pertence exclusivamente ao Estado³⁴⁵, de modo que o ofendido, ao ajuizar a ação penal de iniciativa privada, não invoca um direito material seu, posto que lhe é transferido apenas o *direito de acusar*. Por conseguinte, nesses casos, o particular se manifesta como substituto processual do Estado, o que é de todo inadequado e contraproducente³⁴⁶.

A alegativa de que essa concessão à vítima se justifica pelo fato de a experiência demonstrar que, em determinados delitos, "... o processo estaria fadado ao fracasso se o *dominus litis* fosse o Ministério Público e a vítima não o desejasse"³⁴⁷ não procede, pois, para esses casos em que a o interesse na persecução penal pela vítima se mostra importante, a ação penal de iniciativa pública condicionada à representação se apresenta como a solução mais razoável.

De outra banda, a ação criminal de iniciativa privada, nada obstante tenha o condão de conferir à vítima o acesso direto ao Judiciário, inibe que a coletividade, igualmente atingida com a conduta ilícita, se faça representar no processo criminal, e, sob outro aspecto, cria espaço propício para que a relação processual seja transformada em campo para o embate de interesses individuais, circunstância que não se coaduna com um sistema criminal democrático³⁴⁸.

Não parece correto justificar a ação penal de iniciativa privada com o argumento de que, nesses casos, o crime não é do interesse da coletividade, pois consulta apenas a esfera de intimidade da vítima e da sua família. Esse raciocínio se atrita com a própria concepção do *Direito Penal mínimo*, que reside na ideia de que só devem ingressar no campo do Direito Penal as condutas que, pela sua gravidade, além de não serem adequadamente tratadas por meio das sanções previstas nos

³⁴⁴ Sobre o assunto, Afrânio Silva Jardim possui posição crítica e diz que a ação penal de iniciativa privada reflete uma ultrapassada visão privatística do Direito e do processo penal (**Direito Processual Penal**: estudos e pareceres, p. 304).

³⁴⁵ Essa afirmação parte do pressuposto de que o poder não pertence propriamente ao Estado, mas sim ao povo. O Estado é apenas o representante do povo.

³⁴⁶ MIRABETE diz que, na hipótese de ação penal de iniciativa privada, embora o *jus puniendi* pertença ao Estado, este transfere para o particular o direito de acusar (**Processo penal**, p. 120).

³⁴⁷ MIRABETE, Fabbrini. **Processo penal**, p. 120.

³⁴⁸ JARDIM. **Direito Processual Penal**: estudos e pareceres, p. 305.

demais ramos do Direito, fazem com que seja do interesse de todos, e não apenas da vítima ou de seus familiares, a pronta persecução criminal.

Se a conduta é tão tênue que arranha apenas a esfera da intimidade de uma pessoa individualizada e, quando muito, o de sua família, tal comportamento, pelo fato de não atentar contra os interesses da coletividade em si, não deve ter repercussão na seara do Direito Criminal. Compartilhando desse entendimento, Eugênio Pacelli³⁴⁹ sustenta que, tendo em conta a natureza *fragmentária e subsidiária* do Direito Penal, não há norma criminal incriminadora cujo escopo não seja a tutela de bens e valores que interessem ao grupo social em geral, circunstância que permite a conclusão de que “... somente em razão da existência do tipo penal, já se evidencia o interesse público configurador da reprovabilidade da conduta”. Se é da essência do tipo penal carregar embutido o interesse público, nenhuma conduta deve ser considerada ilícito penal se despertar apenas o interesse individual da vítima ou a da sua família.

Portanto, caso a conduta ilícita somente atinja a esfera de intimidade de uma pessoa individualizada ou de sua família, não é o caso de a ação penal ser de iniciativa privada, mas sim, em homenagem ao princípio do Direito Penal mínimo – cláusula reitora de todo sistema democrático –, de não ser tipificada como crime³⁵⁰. Partindo do pressuposto de que todos os crimes previstos em nosso ordenamento jurídico possuem como conduta típica agressões que, a despeito de praticadas contra uma pessoa individualizada, afrontam a coletividade em seu todo, a falta de sintonia da ação de iniciativa privada com a ordem democrática manifesta-se em razão de essa legitimidade postulatória afastar a tutela do interesse da coletividade quanto ao caso, além de conferir guarida ao *desejo* de punir do particular.

De qualquer forma, a acusação privada retira do autor que praticou o ilícito o direito de ser acusado por alguém que não tenha interesse que não seja o de aplicar corretamente a legislação criminal. Na perspectiva de um processo criminal garantista, a titularidade da ação penal nas mãos do Ministério Público é uma garantia para o agente de que ele não vai ser acusado por quem lhe tem ódio ou rancor, fomentado pelo desejo de vingança, o que evita, como salienta Vélez Mariconde³⁵¹, acusações temerárias ou caluniosas. A ação penal de iniciativa privada, como se vê, ainda que fundada em uma garantia individual de acesso ao Judiciário, contém toda sorte de inconvenientes.

O ofendido, adverte Aloysio de Carvalho Filho³⁵², é a pessoa menos apta a assumir a titularidade da ação penal, pois impelido pela paixão e malquerença que *insuflam a acusação*, ele é movido mais pela vingança do que pelo intuito superior de justiça, ao passo que retira do acusado a garantia de neutralidade e justiça, que lhe é dada quando a legitimidade para o exercício do direito de acusar recai sobre o Ministério Público, insensível a paixões e desavenças proverbiais do ofendido.

De outro lado, sob a perspectiva da *vitimologia*, que permite enxergar o processo como uma segunda lesão à esfera individual da pessoa já ofendida com o crime, tem-se a dimensão de quão doloroso e constrangedor não era para a vítima de estupro, quando esse tipo de crime desafiava ação penal de iniciativa privada, ter de realizar o *esforço* da acusação durante todo o processo, exercendo essa função e com a responsabilidade de cuidar da movimentação processual. Isso gerava um efeito de nova vitimização (revitimização), o que não era razoável e fomentou a alteração do Código Penal, a fim de tornar esses crimes passíveis de ação penal condicionada à representação.

Por fim, ação de iniciativa priva compromete a situação da vítima, diante da dificuldade do acesso à justiça, considerando que precisa constituir advogado, entre outros encargos, o que pode afastar a litigiosidade por uma ideia de que o esforço *não vale a pena*.

³⁴⁹ **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

³⁵⁰ Cf. item 8.3.2, *supra*.

³⁵¹ Apud JARDIM. **Direito Processual Penal**: estudos e pareceres, p. 306.

³⁵² CARVALHO FILHO, Aloysio. **Comentários ao código penal**. v. 4. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 25.

Sensível a esses argumentos, a comissão de juristas, o projeto de novo Código de Processo Penal, consubstanciada no PL nº 156, de 2009, aprovado pelo Senado, consta, corretamente, a extinção da ação penal de iniciativa privada. Ainda mais porque, dentre outros motivos, a ação de iniciativa privada encontrava justificativa no fato de vigorar, quando da redação originário do CPP, de forma inquebrantável o princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. Assim, a ação penal de iniciativa privada era uma forma de permitir a solução negociada, mediante a conciliação. No entanto, mercê da inclusão paulatina dos preceitos do sistema adversarial americano, atualmente há tergiversação quanto à obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, de modo que crimes muito mais graves do que os de iniciativa privada comportam negociação entre o Ministério Público e a defesa.

A tese aqui defendida, entretanto, não se aplica à queixa penal subsidiária. Primeiro porque ela está inserida no rol dos direitos fundamentais, como forma de conferir à vítima a possibilidade de controlar a ação do Ministério Público, nas hipóteses em que este não oferece a denúncia no prazo que lhe é assinado nem pede o arquivamento. Em última *ratio*, assegura o acesso à justiça, o que é salutar em um sistema democrático, que não deve prestigiar, de forma absoluta, o monopólio da ação penal nas mãos do Ministério Público. Note-se que, nesses casos em que o Ministério Público se mostra inerte, a ação penal não perde a sua natureza pública, apenas é conferida legitimidade concorrente à vítima ou, na sua falta, aos seus familiares – cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, de ofertar queixa penal subsidiária.

Defende-se, até mesmo, que o legislador ordinário – pois não está proibido a tanto – , amplie a possibilidade de ajuizamento da ação penal subsidiária, a fim de abranger as hipóteses em que o Ministério Público, ao invés de oferecer a denúncia, pede o arquivamento do inquérito. Caso assim fosse, bastaria que se colocasse como exigência para a sua admissibilidade, a presença de elementos que conferissem uma plausibilidade mais concreta da pretensão. Crê-se que esse tratamento seja mais consentâneo com um sistema criminal democrático que tem o acesso à justiça como um de seus elementos determinantes.

Quanto à queixa penal subsidiária, no tema 811, o Supremo Tribunal Federal, tendo como *leading case* o ARE 859251, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, fixou a seguinte tese:

I - O ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas à instituição são irrelevantes;

II - A conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. Assim, o oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público, posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal não afastam o direito de queixa. Nem mesmo a ciência da vítima ou da família quanto a tais diligências afasta esse direito, por não representar concordância com a falta de iniciativa da ação penal pública.

Ou seja, o direito de ação para a vítima diante da inércia do Ministério Público em propor a denúncia no prazo legal não resta prejudicado em razão de eventual iniciação tardia do órgão ministerial, ainda quando a manifestação seja pelo arquivamento. Ainda que o Ministério Público não tenha permanecido efetivamente inerte, em razão de diligências complementares requeridas, isso não tem o condão de inibir o direito à queixa penal subsidiária, pelo que a leitura conforme à Constituição do art. 29 do CPP gera o entendimento de que a expressão *repudiá-la*, empregada no dispositivo em foco, quer dizer, apenas, que o órgão ministerial, naturalmente, pode se manifestar contrário à persecução penal.

E é o entendimento mais consentâneo com o princípio do amplo acesso à justiça de modo que, uma vez não oferecida a ação penal de iniciativa pública no prazo legal, a legitimidade para a propositura da ação penal dessa natureza passa a ser concorrente, só podendo o Ministério Público retomar a posição de parte principal, *no caso de negligência do querelante*, tal como expresso na parte final do art. 29 do CPP.

Note-se, ademais, que o monopólio da ação penal nas mãos do Ministério Público não é desejável, notadamente em um sistema processual de cunho democrático. Exatamente para obviar o monopólio da ação penal por um único membro do Ministério Público, a Lei nº 13.964, de 2019, emprestou nova redação para o art. 28 e incluiu o § 1º do CPP, a fim de possibilitar o questionamento por parte da vítima e de quem a represente perante o órgão revisor ministerial, quando o membro do Ministério Público legitimado para a ação penal entender pelo arquivamento do inquérito policial, mas não resolve o problema.

Aliás, previu uma espécie de reexame interno necessário, pois, no caso de arquivamento, o promotor de justiça ou procurador da República, tem de encaminhar os autos para o respectivo órgão revisor, sem embargo do dever de comunicar à vítima, a fim de que esta, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias, se manifeste a respeito.

No entanto, esse tratamento normativo não resolve o problema quando se trata de ação penal da competência originária do Procurador da República, por exemplo. Nesse caso, não é prevista, expressamente, nenhuma hipótese quanto à legitimidade para o ajuizamento da ação ou à possibilidade de revisão no caso de ser pedido ou determinado o arquivamento pelo órgão ministerial. Esse problema tem sido vivenciado ultimamente no Brasil, em que há várias investigações em curso contra o Presidente da República, Jair Bolsonaro, mas o Procurador-Geral da República não tem tomado nenhuma iniciativa quanto ao ajuizamento da ação penal.

O problema reside exatamente quando o Procurador-Geral da República pede o arquivamento, pois, em tese, desde que essa manifestação seja no prazo legal para o ajuizamento da ação penal, que é de 15 (quinze) dias (art. 1º, caput, da Lei nº 8.338, de 28 de maio de 1990), não se admite a queixa penal subsidiária.

Obviamente que esse estado de coisas precisa ser equacionado, ainda que por meio de interpretação, no sentido de reconhecer, especialmente nesse caso, o direito à ação penal subsidiária, exatamente para atender os interesses da sociedade, como se verifica em relação ao descaso e desestímulo do Presidente da República aos programas de proteção à saúde contra a disseminação da pandemia mundial provocada pela Covid-19, conduta que, em tese, caracteriza crime, em razão de determinadas circunstâncias, a exemplo da promoção de aglomerações e participação nesses eventos públicos sem o uso de máscaras ou adoção de medidas para evitar a contaminação das pessoas, inclusive de crianças.

5.1.1.1. Conceito de ação penal

Como acentuado acima, no ambiente cível, a ação diz respeito ao direito público subjetivo do titular de um direito pleitear a proteção jurisdicional. É um direito exercitado mediante o desenvolvimento do processo que é instaurado com o seu exercício. Esse conceito de ação como direito público subjetivo, no ambiente criminal, só é pertinente quando se trata de ação penal de iniciativa privada.

Quando se cuida da ação penal de iniciativa pública, cabe ao Ministério Público, na qualidade de órgão estatal criado para tutelar o interesse da sociedade quanto aos bens jurídicos protegidos pela norma criminal, exercer a pretensão acusatória devido o chamado *dever de proteção*. Essa nuance é revelada pelo jurista alemão Jürgen Baumann³⁵³, ao argumento de que, se “La pretensión penal del Estado surgida del derecho penal material, es una pretensión de derecho público de la comunidad frente al individuo”, o que se tem é que “... la imposición de consecuencias penales no constituye solamente un derecho, sino también un *deber* del Estado.” Não se trata, portanto, de um *dever de ação*, mas, sim, de *dever de ação*.

Esse dever de ação do Ministério Público tem como ponto de partida a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Consoante dito supra, o processo penal, em verdade, alberga um conflito de direitos fundamentais, em decorrência de sua *multifuncionalidade*. Na perspectiva

³⁵³ **Derecho procesal penal:** conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Traducción Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 6.

objetiva, os direitos fundamentais reclamam a proteção eficiente do estado, enquanto na dimensão subjetiva que a persecução criminal seja pautada com respeito às garantias processuais que dimanam da condição humana.

Nesse passo, observa-se que o processo é, por sua vez, a relação jurídica em que se desenvolve o conhecimento e o julgamento da pretensão manifestada mercê do aforamento da ação. A ação é um — e o primeiro — ato do processo. É o ato processual que faz com que se dê início ao processo. Com o seu ajuizamento, independentemente de ser, ou não, recebida a ação penal, o processo já existe, embora para a sua formação haja necessidade da ocorrência da citação³⁵⁴.

A ação, dessa forma, ao contrário do que possa parecer, é ofertada contra o órgão julgante, porquanto a este, em consequência do monopólio estatal da jurisdição, é que compete, com exclusividade, não só o poder, mas acima de tudo o dever de efetivar a prestação da atividade jurisdicional. Assim, quando ocorrida hipótese tipificada como ilícito criminal, exsurge para o Estado-Administração o *jus puniendi*, ou seja, a pretensão punitiva³⁵⁵.

A ação penal, como visto, difere da civil em substância, pois o seu ajuizamento decorre do *dever de proteção* ou dever de exercer o *jus accusationis*. Ao contrário do cível, a ação penal, quando confiada ao Ministério Público, é um dever, daí decorrendo, como corolário lógico, o princípio da obrigatoriedade. Embora se trata de um direito público, não é subjetivo do Ministério Público, pois a ação penal não lhe pertence, na medida em que o órgão ministerial é apenas o representante da sociedade, exercendo a ação penal em nome desta.

Por conseguinte, quando a titularidade para a ação penal recai no Ministério Público, que é a regra, com o seu exercício não se defende um direito ou interesse que seja seu, mas sim um bem jurídico que é coletivo ou, em outras palavras, que pertence ao grupo social. A ação penal, por conseguinte, é confiada ao *parquet* não apenas para evitar que o processo criminal se transforme no *locus* para a manifestação do desejo de vingança pela vítima direta da ação ilícita, mas em primazia para que toda a coletividade seja por ele representada. A segurança pública e o desejo para que seja perquirida a responsabilidade penal contra quem comete crimes traduzem esse interesse coletivo, de modo que sua defesa não pode ficar ao talante de um particular, porém de um órgão estatal comprometido em tutelar a sociedade.

Trata-se, como aqui já se disse, de uma espécie de *class action*. O Ministério Público, por conseguinte, defende o interesse da sociedade, ao manejar a ação penal, não o governo. Note-se que, em alguns casos, quem responde a ação penal é o chefe do Executivo.

Pode-se dizer, assim, que a ação penal é dever atribuído de regra ao Ministério Público, órgão legitimado para reclamar ao judiciário a proteção dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva, agindo em nome da coletividade. Mas é um *dever de proteção, não de punir*. Esse dever do órgão ministerial pode ser cumprido por meio de atuação que seja mais adequada para solucionar a questão criminal, de sorte que não se confunde com a *obrigatoriedade* de ajuizar a ação penal.

Com efeito, um sistema processual penal democrático tergiversa com um dos dogmas da justiça criminal, que é o *princípio da obrigatoriedade da ação penal*. Ao permitir que o Ministério Público, desde que presentes as condições previstas na lei, ao invés de oferecer a denúncia, proponha a transação ou outra forma de negociação, alvitra-se o equacionamento da questão penal sem a imposição ou com a mitigação da pena, mediante a participação ativa do acusado e mesmo da vítima.

Ademais, a negociação no âmbito criminal por meio da transação, suspensão condicional do processo, colaboração premiada, acordo de não persecução penal, do *guilty plea* (declaração de

³⁵⁴ Cf. item 5.1.4.3, *infra*.

³⁵⁵ “Na tripartição dos poderes políticos, a missão quanto ao exercício do dever-poder de perseguir a responsabilidade criminal de quem, contrariando o ordenamento jurídico, atenta contra os valores mais caros à sociedade — a vida, o patrimônio e as integridades física, psíquica e moral — recai sobre o Estado-administração, o qual, para bem exercê-la, organiza e estrutura o Ministério Público, confiando a este o desempenho dessa função perante o Judiciário” (SILVA JÚNIOR, **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 598.)

culpa) ou *plea bargain* (barganha penal), técnicas de gestão processual próprias do sistema adversarial do Direito americano, vai além da satisfação dos interesses do acusado, pois, em verdade, se manifesta como instrumento eficiente para obter a colaboração da pessoa envolvida no crime com foco no esclarecimento e resolução de crimes do interesse da sociedade em geral, materializando a dicção normativa contida na terceira parte do caput do art. 144 da Constituição.

É próprio do sistema acusatório, com achegas ao modelo adversarial, permitir que o Ministério Público alvitre qual é a melhor solução para o caso, o que pode importar na renúncia ao exercício do direito de ação. Essa possibilidade está prevista na renúncia ao ajuizamento de ação penal em caso de colaboração premiada e, até mesmo, em razão de acordo de não persecução penal agora previsto expressamente no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964, de 2019.

Deve-se ter em mente que não é possível tratar todos os crimes por meio do processo criminal, ademais de ser estratégia pertinente concentrar os esforços nos crimes de maior gravidade. Por isso mesmo, a tendência no Direito Comparado é de o Ministério Público poder realizar um juízo de conveniência e oportunidade quanto ao oferecimento, ou não, da ação penal. Mesmo antes de expressa previsão legal, entendíamos que o Ministério Público – por meio do CNMP, que é seu órgão estratégico –, na qualidade de *dominus litis* da ação penal, poderia, e deveria mesmo, estabelecer diretrizes a serem seguidas pelos seus membros quanto ao ajuizamento ou não da ação penal, em determinadas situações. Ora, se institucionalmente, por diretriz estabelecida pelo seu órgão de cúpula, o Ministério Público entender que, em determinado caso, o *promotor natural* está autorizado a não ajuizar a ação penal, qual sanção ele poderá receber, e de quem? Obviamente que, nessa hipótese, nenhuma reprimenda poderá ser imposta ao membro do Ministério Público.

Como se vê, não há nenhuma paradoxo sustentar que a ação penal atribuída ao Ministério Público assume uma qualidade de dever, mas não inibe a possibilidade de o legislador prever hipóteses de exceção ao princípio da obrigatoriedade, por meio de institutos como a transação, suspensão condicional do processo, colaboração premiada e, até mesmo, ir mais além, como proposto no NCPP, para permitir o efetivo *plea bargain*.

Em relação ao *plea bargain*, o Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, em seu discurso de posse, manifestou-se favorável à implantação do *plea bargain* no sistema jurídico brasileiro. Parte da doutrina é favorável. E no chamado *Pacote Anticrime*, foi feita a proposta no sentido de introduzir em nosso sistema o *plea bargain*, permitindo que, em todo e qualquer crime, haja a negociação entre Ministério Público e a defesa, no sentido de que ajustada a condenação em si do acusado. A proposta foi rejeitada pelo parlamento, razão pela qual o *plea bargain* findou não sendo contemplado na Lei nº 13.964, de 2019.

Mas, certamente, essa não é uma posição definitiva em nosso meio, até porque proposta nesse sentido também está sendo feita no projeto do novo Código de Processo Penal que já foi aprovado pelo Senado. O *plea bargain* para a negociação da pena privativa de liberdade, tal como ocorre nos Estados Unidos, é uma medida de política criminal que merece reservas. É extremamente preocupante os contornos que o instituto deve assumir em nosso sistema. Diante da nossa cultura inquisitivistica, observa-se a necessidade de que o Ministério Público tenha presente que é parte no sentido processual, devendo agir com foco a defesa dos direitos também do acusado, no escopo de não propor ou buscar acordos leoninos ou quando as provas não são suficientes para firmar a culpabilidade. Por outro lado, tendo em conta o nosso contexto histórico, político e social, deve ser assegurada uma participação ativa do juiz quanto ao procedimento de *assunção de culpa* pelo acusado, até mesmo para evitar a concentração de *poder decisório* nas mãos do Ministério Público.

Não se pode, com o *plea bargain*, simplesmente transferir o poder decisório do Judiciário para o Ministério Público, crítica que é feita em relação ao sistema americano. Lá a negociação pré-processual não pode ser revisada pelo Judiciário, o que não se mostra adequado em nosso cenário.

Ademais, dados estatísticos revelados no documentário *A 13ª. Emenda*³⁵⁶, apontam que 97% da população carcerária dos Estados Unidos é proveniente de acordo entre o Ministério Público e a defesa. No particular, Michelle Alexander³⁵⁷ acrescenta que mais de 90% das pessoas condenadas “... não recebem um julgamento ou uma defesa consistente; eles se confessam culpados porque são ameaçados com sentenças mínimas obrigatórias duríssimas caso ousem desafiar suas acusações.” Esse dado é preocupante quando se tem que os Estados Unidos possuem a maior população carcerária do mundo – com menos de 5% da população mundial, possui quase 25% dos prisioneiros do mundo³⁵⁸.

Mais à frente, a partir do tópico 5.1.1.4 vamos discorrer sobre a justiça negocial e as modalidades contempladas no nosso ordenamento jurídico.

5.1.1.2. Requisitos da ação penal

Não houve a preocupação do legislador em promover nenhuma alteração no art. 41 do Código de Processo Penal, que estabelece o conteúdo da ação penal, seja ela elaborada por meio de denúncia, quando a iniciativa é do Ministério Público, seja por queixa, nos casos em que a iniciativa é privada, sob pena de sua rejeição por inépcia. De conformidade com o art. 41, a peça acusatória deverá conter a (a) exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (descrição das condutas de cada um dos réus, sendo abrandada essa formalidade nos crimes societários), (b) qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo (certeza da identidade física do réu, ainda que desconhecido o seu verdadeiro nome); (c) classificação do crime (indicação do dispositivo legal no qual se enquadra a conduta ilícita narrada); e o (d) rol de testemunhas.

Deve-se acrescentar a esses elementos a proposta de suspensão do processo ou a exposição dos motivos para não fazê-la, quando a pena mínima prevista para o crime não for superior a um ano e, ainda, diante do que dispõe o art. 387, IV, do CPP (redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008), deve fazer o pedido quanto à condenação em valor mínimo para a reparação dos danos causados pela ação criminosa, com a especificação do *quantum*³⁵⁹.

Desde sempre, ao contrário da petição inicial no cível, a denúncia deveria conter os nomes das testemunhas que o Ministério Público pretende sejam inquiridas, cabendo à defesa, na primeira oportunidade para falar nos autos, proceder de igual modo. Por isso mesmo, embora a defesa prévia fosse facultativa, ela era geralmente utilizada apenas com a intenção de não se perder a oportunidade própria para arrolar as testemunhas.

Mantendo essa regra, com a substituição da defesa prévia pela resposta, restou consignado, no art. 396-A do CPP, que deverão, nesse momento, ser arroladas as testemunhas. Mas não foi só. Acrescentou-se que, quando necessária a intimação judicial das testemunhas, terá de ser feito requerimento nesse sentido, pela defesa. Por conseguinte, como regra, a própria defesa deve se encarregar de comunicar, às testemunhas por ela arroladas, da data da realização da audiência de inquirição.

Se assim é em relação à defesa, tratando-se de um sistema acusatório, em que o Ministério Público tem a postura de parte, em decorrência da cláusula da isonomia, também como regra, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público não serão intimadas pelo Judiciário, devendo, o próprio órgão ministerial, se encarregar dessa atribuição. A intimação judicial só se dará quando, sendo necessário, houver requerimento, na denúncia, com a apresentação das razões que o

³⁵⁶ **A 13ª. Emenda.** Disponível em: www.netflix.com.br. Acesso em: 20 jan. 2019. Esse Documentário, lançado em 2016 e dirigido por Ava Du Vernay, foi indicado ao Oscar (ficando em segundo lugar) e venceu o Emmy. Relaciona o racismo com o crescimento desproporcional da população carcerária, e mostra visão crítica quanto à transferência do poder decisório para o Ministério Público por meio do plea bargaining.

³⁵⁷ **A nova segregação:** racismo e encarceramento em massa. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boi tempo, 2018, pos. 285 de 7974.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ Cf. item 5.1.1.3, infra.

justificam.

Aqui não se pode deixar de levar em consideração que o Ministério Público tem muito mais estrutura para providenciar a intimação das testemunhas por ele arroladas do que a defesa as suas. A não ser em alguns Municípios menores, em que o Ministério Público não possui estrutura administrativa, se concebe que as intimações, em relação às testemunhas por ele arroladas, sejam feitas, até quando a situação perdurar, pelo Judiciário.

É verdade que a testemunha arrolada pela defesa, no mais das vezes, é amiga do acusado e pode ter o interesse em dar o depoimento para, de alguma forma, ajudá-lo, especialmente quando é chamada apenas com a finalidade de dar informações quanto ao seu conceito, personalidade, caráter etc., enquanto aquela, indicada pelo Ministério Público, quase sempre, só vai a Juízo porque é obrigada. Porém, essa realidade, por si só, não justifica um tratamento diferente.

Até porque, em razão da imagem que ostenta perante a sociedade em geral, um documento com o timbre do Ministério Público tem o mesmo efeito persuasório daquele dimanado do Judiciário. Uma convocação do Ministério Público não deixará de ser atendida, notadamente quando se tratar de agente de polícia ou de servidor público em geral³⁶⁰.

Com a mesma ordem de ideias, a denúncia deverá especificar todas as provas que tiver a intenção de produzir, como qualquer tipo de diligência, sob pena de preclusão. As diligências que não forem requeridas com a denúncia, em princípio, só serão admissíveis caso se demonstre que a sua necessidade somente se revelou em decorrência de fato surgido após a prática desse ato. Isso se aplica, como não poderia deixar de ser, quanto à perícia.

Se for a intenção do Ministério Público a realização de nova perícia, para substituir ou complementar aquela feita na fase investigatória, ou mesmo tiver a pretensão apenas de obter esclarecimentos, o momento oportuno para tanto é quando do oferecimento da denúncia.

Não há no processo penal oportunidade para a especificação de provas que se pretende produzir, o que, aliás, não existe mais no processo civil.

A petição inicial, que dá início à fase postulatória, é o momento oportuno para o Ministério Público requerer tudo o que for do seu interesse, remanescendo a possibilidade de inovar nessa matéria quando intimado para impugnar as preliminares e documentos agitados pela defesa na resposta³⁶¹ ou, então, no final da audiência, após a produção das provas, momento processual que lhe é outorgado o direito de requerer "... diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução" (art. 402, caput, do CPP).

5.1.1.3. Legitimidade para pedir fixação de valor mínimo para indenização pelos danos causados

Tanto o Código Penal quanto o de Processo Penal, embora de forma tímida, tinham alguma preocupação quanto ao ressarcimento ao ofendido pelos danos sofridos como consequência do crime. De fato, o Código Penal, no art. 91, inciso I ("São efeitos da sentença: I — tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime"), e o Código de Processo Penal, no 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"), tratam da matéria.

Tendo em conta a perspectiva da justiça restaurativa, a Lei nº 11.719, de 2008, alterou o inciso IV do art. 387 do CPP, para dizer que, em se tratando de sentença condenatória, o juiz deverá fazer constar a fixação de "... valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido".

A questão a saber é se, agora, deve constar da denúncia, necessariamente, a estipulação

³⁶⁰ Alguns membros do Ministério Público têm alegado que, nos quadros funcionais da instituição, não há cargo similar ao de oficial de justiça, de modo que não há como realizar as intimações. Essas comunicações, porém, podem ser feitas por carta, o que é adotado, até mesmo, por alguns juízes, com resultado plenamente satisfatório.

³⁶¹ Cf. item 5.1.6, infra.

de valor, ainda que mínimo, para a reparação dos danos sofridos pela vítima. Como já se disse, a reforma não trouxe nenhuma alteração para o art. 41 do Código de Processo Penal, dispositivo encarregado de definir o que deve conter essa peça. Pela sistemática até então adotada, como a responsabilidade civil pelo dano era efeito da sentença condenatória, em rigor, a pretensão acusatória esboçada com o ajuizamento da ação penal abrangia, igualmente, a condenação dos eventuais prejuízos decorrentes da ação ilícita. Note-se que, mesmo em se tratando de ação penal de iniciativa privada, para que a sentença condenatória tivesse o condão de constituir-se em título executivo para o cível, nunca houve a necessidade de pedido expresso nesse sentido.

Como se nota, a única alteração a esse respeito é que, doravante, a sentença deverá conter um valor mínimo. Assim, a mesma pretensão acusatória deduzida na denúncia que, caso julgada procedente, fazia com que o pronunciamento judicial tivesse, como um de seus efeitos, a condenação, em valor suscetível de liquidação, no ressarcimento de danos, a partir de agora, dá suporte a que seja, desde logo, fixado na sentença pelo menos um valor mínimo³⁶².

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AP 396/RO, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, mesmo em se tratando de crime cometido antes da Reforma Tópica de 2008, impôs a condenação quanto ao ressarcimento dos danos³⁶³. Sendo mais claro, a Suprema Corte³⁶⁴, na apreciação do julgamento da AP 470/MG, relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa, popularmente conhecida como “julgamento do mensalão”, fatos ocorridos antes de 2008, deixou ressaltado, tendo em conta o que restara asseverado na AP 396/RO, salientou ser “desnecessário que o pedido de estipulação de valor mínimo de reparação constasse expressamente da denúncia, por se tratar de efeito extrapenal da condenação.”

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado outra corrente de pensamento, salientando, em dois julgados da alçada de sua Quinta Turma, não apenas a necessidade de que o fato criminoso seja anterior à vigência da Reforma Tópica³⁶⁵, como, igualmente, que haja pedido expresso, seja pelo Ministério Público, seja pelo ofendido³⁶⁶.

Embora não se tenha como requisito da denúncia a estipulação, pelo Ministério Público, de valor mínimo para a condenação líquida no ressarcimento dos danos, o ideal é que, doravante, sempre que possível, isso seja feito.

Nem se diga que, quanto ao dano material, o Ministério Público não detém legitimidade para fazer qualquer postulação nesse sentido, diferente da hipótese do dano moral, o qual seria questão de ordem pública. Note-se que a pena de multa prevista no Código Penal, assim como a fiança, possui, dentre outras finalidades, o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima. Se esse raciocínio for válido para sustentar a posição de que o Ministério Público não possui *capacidade de ser parte*, ou seja, para postular quanto à condenação no dano material, seria válido, igualmente, para os casos de multa e de fiança, pelo menos quanto à quantia arrecadada por esses instrumentos, de forma que não seria possível o seu repasse, ainda que de parte, para a vítima. Exigir que para a condenação de dano patrimonial seja de mister a participação, no processo, na

³⁶² Cf. item 5.1.9.9.1, parte em que se volta ao assunto.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br/Informativo. Julgado em 28.10.2010. Informativo 606

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br/Informativo. Julgado em 17.12.2012.

³⁶⁵ “DIREITO PROCESSUAL PENAL. IRRETROATIVIDADE DO ART. 387, IV, DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.719/2008. A regra do art. 387, IV, do CPP, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, aplica-se somente aos delitos praticados depois da vigência da Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. Isso porque se trata de norma híbrida - de direito material e processual - mais gravosa ao réu, de sorte que não pode retroagir. Precedente citado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. www.stj.jus.br/Informativo. Resp. 1.206.635-RS, Quinta Turma, DJe 9/10/2012. Resp. 1.193.083-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 20/8/2013. Informativo 528

³⁶⁶ “DIREITO PROCESSUAL PENAL. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS DECORRENTES DE CRIME. Para que seja fixado na sentença valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, com base no art. 387, IV, do CPP, é necessário pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e a concessão de oportunidade de exercício do contraditório pelo réu. Precedentes citados: REsp 1.248.490-RS, Quinta Turma, DJe 21/5/2012; e REsp 1.185.542-RS, Quinta Turma, DJe de 16/5/2011. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. www.stj.jus.br/Informativo. REsp 1.193.083-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em julgado em 20/08/2013, DJe 27/8/2013.” Informativo 528.

qualidade de assistente, da vítima, não se conforta com o ideário da *justiça restaurativa*. Ademais, não é de hoje que, no processo penal, em algumas situações, o Ministério Público tutela, igualmente, o ressarcimento do dano. Veja-se, a respeito, a proposta da suspensão do processo, que é da alçada do Ministério Público, a qual fica condicionada, dentre outras condições, a quando houver a reparação do dano, salvo a impossibilidade do acusado (art. 89, § 1º, I, da Lei nº 9.099, de 1995).

Como é efeito da sentença condenatória tornar certa a indenização cível (art. 91, inciso I) e sendo, agora, elemento obrigatório da sentença condenatória a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos sofridos pelo ofendido (art. 387, IV, do CPP), é pertinente que na denúncia conste consideração em relação a essa matéria.

A omissão, porém, não é caso de inépcia, não suscitando, assim, a sua rejeição. É recomendável, porém, diante da omissão na denúncia de valor mínimo líquido para o ressarcimento dos danos sofridos pela vítima, o juiz, sem deixar de recebê-la, no despacho de sua admissibilidade, determinar a intimação para que seja feita a devida complementação.

5.1.1.4. Justiça negocial e medidas restritivas

O ensino jurídico em nosso meio ainda é sobremaneira desenvolvido sob o prisma do conflito, apresentando-se o processo como espécie de arena na qual as partes se enfrentam com as armas das quais dispõem, a fim de que, no final, o vencedor triunfe sobre o vencido. Conquanto o modelo de ensinagem na graduação persista com esse viés, fomentando o raciocínio dialético, faz algum tempo que na prática do direito se experimenta silenciosa e contínua mutação de modelo de prestação da atividade jurisdicional.

Os primeiros passos, em nosso meio, ainda que tímidos, foram iniciados, pioneiramente, com os chamados juizados de pequenas causas. A Constituição de 1988, com o seu perfil democrático, sedimentou a ideia com a normatização dos juizados especiais, estendendo a ideia da justiça consensuada ou negociada para o ambiente criminal.

O ambiente democrático sinaliza a busca de alternativas para a resposta do Estado às ações ilícitas, sendo privilegiada, nesses casos, a aplicação de soluções que não impliquem, necessariamente, a prisão do agente e, até mesmo, a aplicação de pena alguma. A prisão como pena, conquanto alvitrada como avanço civilizatório para substituir as sanções cruéis e infamantes e tenha se manifestado como a *pena do futuro* não é o meio mais adequado para a recuperação do infrator³⁶⁷. Pelos mais diversos fatores, ainda que cumprida em ambiente que se observe as regras internacionais – especialmente as chamadas *Regras Mínimas de Mandela* – e os direitos fundamentais em geral, a prisão não é a melhor solução para as múltiplas questões que permeiam a problemática insita à criminalidade³⁶⁸.

O erro histórico da pena de prisão³⁶⁹ como solução alvitrada para a criminalidade, reconhecido pela comunidade internacional, fomentou a Organização das Nações Unidas a recomendar o uso das penas alternativas, em detrimento das sanções privativas de liberdade³⁷⁰. Coerente com essa política de cunho democrático, o devido processo legal, no ambiente criminal, deve ser compreendido com a ideia da existência de institutos processuais que permitam uma solução do problema oriundo do ilícito sem a aplicação da pena de prisão e mesmo, em determinados casos, como instrumento despenalizante ou descriminante.

³⁶⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Execução penal no sistema penitenciário federal**. Natal: OWL, 2020, p. 36.

³⁶⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Contato com o mundo exterior. In: **Regras de mandela: o padrão mínimo da ONU para tratamento de reclusos**. CABRAL, Thiago Colnago; SORCI, Paulo Eduardo; RIBEIRO, Lourenço Migliorini Fonseca (Orgs.) Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 188.

³⁶⁹ Cf. GROSS, Hans Gustav Adolf. **Criminal psychology: a manual for judges, practitioners, and students**. Tradução Horace M. Kallen. Pittsburgh: Carnegie-Mellon University/Project Gutenberg Etexts, 1998; DARROW, Clarence. **Crime: its cause and treatment**. Pittsburgh: Carnegie-Mellon University/Project Gutenberg Etexts; PLAYFAIR, Gilês e SINGTON, Derrick. **A prisão não cura, corrompe**. Tradução Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa.

³⁷⁰ Cf. item 8.2.3.2, supra.

Sob esse enfoque democrático da cláusula do devido processo legal, o processo deixa de ser apenas instrumento de controle do dever-poder do exercício da persecução criminal do Estado que assegura o respeito aos direitos fundamentais pertinentes ao processo criminal, a fim de assumir, igualmente, outra função política não menos nobre, a saber, que é a de evitar, tanto quanto possível, a imposição da pena de prisão e buscar a solução da questão penal por meio do consenso. Essa postura serve para reduzir a marginalização, que é própria do sistema criminal.

No nosso sistema penal, a partir das alterações promovidas pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, o juiz, ao sentenciar, caso preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tem o dever de substituir a pena privativa de liberdade por uma ou mais restritivas de direito. Isso mostra que o processo deve ser conduzido tendo em mente essa política criminal, cuja implementação é cometida ao juiz e que somente pode ser concretizada por meio do processo. O devido processo legal democrático, por conseguinte, rompe com a *cultura da prisão*³⁷¹ e tem as penas alternativas como a regra.

Como mecanismos para a aplicação de medidas alternativas, foram concebidos, em nosso sistema jurídico, inicialmente, a transação, afeta ao processo pertinente para os crimes de menor potencial ofensivo, e o instituto da suspensão condicional do processo. Essas duas formas de despenalização³⁷², com a primeira etapa da Reforma Tópica de 2008, passaram a ser medidas que, ao fim e ao cabo, levam à absolvição, uma vez que a sentença que extingue a punibilidade, diante do que dispõe o art. 397, IV, do CPP (acrescentado pela Lei nº 11.719, de 2008), possui natureza absolutória. A esses dois institutos acrescentou-se, com a edição da Lei nº 13.964, de 2019, o acordo de não persecução penal, denominado ANPP.

Esse direcionamento da política criminal no sentido de alvitrar soluções alternativas ao problema criminal incorporou ao nosso sistema a *justiça negociada ou consensual* do Direito americano, difundido como *plea bargain*.

Acontece que o modelo de justiça negociada adotado em nosso meio, ao qual se inclui, em certa medida, a colaboração premiada, difere do *plea bargain* americano, uma vez que este instituto pressupõe *assunção de culpa* ou *aceitação da pena*, servindo de instrumento, portanto, para a punição. De fato, o *plea bargain* do sistema jurídico dos Estados Unidos da América se caracteriza pela circunstância de conferir às partes a ampla possibilidade de negociar a solução do processo, com a aplicação de pena privativa de liberdade.

Cuida-se de um negócio jurídico firmado entre as partes, em que a pessoa apontada como autora do crime assume a culpa (*plea guilty*) ou aceita a condenação, mas não se declara culpado (*no contest* ou *nolo contendere* ou *alford plea*), em troca do compromisso do Ministério Público de não imputar todos os crimes cometidos, fazer a acusação por um crime menos grave ou recomendar ao juiz os termos da sentença³⁷³.

Sob outra perspectiva, o *plea bargain* pode ser classificado em dois outros tipos: (a) *charge bargaining* e (b) *sentence bargaining*. Na primeira espécie, com a negociação, o Ministério Público concorda em suprimir algumas das acusações ou em imputar um crime menos grave. Na segunda, o Ministério Público concorda em recomendar uma sentença mais leve³⁷⁴, o que se assemelha com o que ocorre na colaboração premiada, conhecido no direito americano como *cooperation agreement*. A diferença é que na colaboração premiada não há assunção de culpa, sendo necessária a reunião de provas suficientes para que o juiz condene o colaborador.

Afirma-se que essa faceta do modelo americano se espalhou após o fim da Guerra de Secessão (1861 a 1865), devido à quantidade de casos criminais originados do subsequente momento de turbulência social, fomentado pelo grande contingente de pessoas deslocadas e pela

³⁷¹ A Lei nº 12.403, de 2011, ao incluir, dentre as cautelares de ordem pessoal, as medidas diversas da prisão, seguiu essa orientação, a fim de conferir coerência sistêmica ao processo penal.

³⁷² A questão da delação premiada, que pode importar na despenalização, será estudada a seguir.

³⁷³ BERMAN, Sara J. **The basics of plea bargain**. 2020. Disponível em: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/the-basics-plea-bargain.html>. Acesso em: 18 mai 2020.

³⁷⁴ Ibid.

movimentação dos imigrantes³⁷⁵. Na Inglaterra, a negociação entre as partes apareceu depois, mas também ainda no Século XIX, sendo realizada informalmente pelas partes, sem a participação do Judiciário ou previsão normativa, mas sob o estímulo dos juízes, como forma de desafogar o trabalho judicial e contornar a demora dos julgamentos³⁷⁶.

Em verdade, diante das peculiaridades do federalismo estadunidense, cada Estado americano apresenta um modelo próprio de *plea bargain* – são 52 (cinquenta e dois), portanto, incluindo o federal e o Distrito de Colúmbia³⁷⁷. Ainda assim, há crítica doutrinária quanto à ausência de regramento mais efetivo sobre o *plea bargain*. Seja como for, o referencial normativo mais mencionado nos Estados Unidos é a *Rule 11 Pleas* do *Federal Rules of Criminal Procedure*.

A essência da objeção à doutrina negocial americana parte da consideração de que o *plea bargain* tergiversa com três garantias básicas estampadas na Quinta e Sexta Emendas, as quais asseguram ao acusado o direito de ser julgado pelo júri, de não se autoincriminar e de confrontar as testemunhas. Salientam que essa circunstância deixa o acusado extremamente vulnerável, com consequente possibilidade de que sejam convolados acordos *injustos*.

Ainda assim, o mecanismo do *plea bargain*, em solo americano, tornou-se cada vez mais presente – acima de 90% das condenações são oriundas de acordo. Ou seja, não é um sistema criminal de julgamentos ou heterocompositivo, mas de acordos ou autocompositivo³⁷⁸, com a plena negociação entre as partes.

Não se trata apenas de um sistema acusatório, mas do decantado *adversarial system*. Por isso mesmo, a Suprema Corte americana, em 1969, à unanimidade, não apenas se posicionou pela constitucionalidade do instituto como ainda asseverou tratar-se de instrumento processual inerente ao sistema criminal americano³⁷⁹. Em *McCarthy v. United States* 394 U.S. 459, a Suprema Corte, conquanto tenha reconhecido a constitucionalidade do instituto, ressaltou que a aceitação do acordo pelo acusado tem de ser voluntária e ele deve ter o pleno conhecimento das consequências do reconhecimento da culpa.

À primeira vista, esse modelo adversarial se mostra menos punitivo do que o acusatório em si. Todavia, os dados estatísticos estadunidenses são contundentes e inquietantes ao revelar a altas taxas de condenações e encarceramento com suporte em negociações. A esse respeito, cabe observar que os Estados Unidos da América ostentam o primeiro lugar no mundo em termos de encarceramento *per capita* – mais de 2.000.000.000 (dois milhões e trezentos mil presos). Ou seja, embora conte com menos de 5% (cinco por cento) da população mundial, possui quase 25% (vinte e cinco por cento) dos prisioneiros do mundo³⁸⁰.

O documentário *A 13ª Emenda*³⁸¹ evidencia que 97% (noventa e sete por centos) da população carcerária norte-americana é proveniente de condenações obtidas por meio do *plea bargain*. Em nosso meio, há quem se posicione contrário ao *plea bargain*, notadamente em relação aos crimes mais graves, por acreditar que esse mecanismo confere tratamento leniente ao acusado. Esse foi o motivo pelo qual o Parlamento rejeitou a proposta contida no chamado Pacote Anticrime de incluir o *plea guilty* no nosso sistema, com o enxerto do art. 395-A no CPP³⁸². Porém, os dados

³⁷⁵ WALSH, Dylan. **Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining**. The Atlantic. 2 de 5 de 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 18 mai 2020.

³⁷⁶ RAUXLOH, Regina. **Plea bargaining in national and internacional law: a comparative study**. Kindle. New York: Routledge, 2012, p. 27. Rauxloh, com apoio na pesquisa por ela realizada, afirma que o *plea bargain* primeiro apareceu nas Cortes americanas e depois se estendeu para o Reino Unido (Op. cit., p. 1).

³⁷⁷ SOUSA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 114-115.

³⁷⁸ BIBAS, Stephanos. **Incompetent plea bargaining and extrajudicial reforms**. Cambridge, 20 de novembro de 2012.

³⁷⁹ WALSH, Dylan. **Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining**. The Atlantic. 2 de 5 de 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 18 mai 2020.

³⁸⁰ ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. (Kindle). Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 278.

³⁸¹ DUVERNAY, Ava (Dir.). **A 13ª Emenda**. Produção: Kandoo Films. 2016.

³⁸² Em 2011, o Conselho Nacional de Justiça, ao elaborar Plano de Gestão para as Varas Criminais e de Execução Penal, dentre as propostas normativas, havia sugerido ao Congresso Nacional a proposta de adoção do instituto do *plea*

estatísticos nos Estados Unidos da América revelam que a justiça negocial feita por meio do *plea bargain* é extremamente *punitiva*, sendo essa a crítica mais aguda feita pela maioria dos doutrinadores, pelo que, malgrado com pressuposto equivocado, o legislador merece aplauso por não ter inserido no nosso sistema o *plea bargain*.

Como salientado, os institutos negociais previstos no sistema jurídico brasileiro não importam em aplicação de pena. Em verdade, com esse modelo, para além das *penas alternativas*, o nosso ordenamento jurídico alberga outro instituto, o das *medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas*, política legislativa primeiramente experimentada com a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, mediante a *transação* e a *suspensão condicional do processo*, sendo consolidada pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, com a previsão do *acordo de não persecução criminal*.

No ponto, insta alertar, os institutos das medidas restritivas e o das penas alternativas não se confundem. As penas alternativas são espécies de sanções previstas na legislação que servem para substituir a pena restritiva do direito de liberdade. Já as medidas alternativas *propriamente ditas ou restritivas*, ao contrário, destinam-se a solucionar o problema criminal sem a imposição de nenhum tipo de pena.

Para fins dogmáticos pode-se dizer que a *medida alternativa* é o gênero, do qual são espécies: (a) a *medida alternativa propriamente dita ou restritiva* e (b) a *pena alternativa*. A pena alternativa é aquela que substitui a pena privativa de liberdade e pressupõe, necessariamente, o reconhecimento da culpa do agente e conseqüente sentença condenatória. Ao contrário, a medida alternativa é uma forma de solucionar o processo sem aplicação de nenhuma sanção, prescinde da discussão sobre a culpa do agente e tem a função de despenalizar a conduta do agente, desde que ele aceite as condições estabelecidas pelo juiz, as quais, se cumpridas, impõem a extinção de punibilidade, a ser reconhecida mediante a prolação de sentença absolutória.

Assim, ao receber os autos do inquérito policial, antes de oferecer a ação penal, o Ministério Público deve olhar se solução do problema criminal pode ocorrer por meio do acordo, que é uma forma de despenalizar a conduta do autor por meio da transação ou do acordo de não persecução penal, com a conseqüente aplicação de medida restritiva, que não tem natureza de pena. Isso não sendo possível, ainda assim, o Ministério Público, quando do ajuizamento da denúncia, deve verificar se é o caso de fazer a oferta da suspensão condicional do processo, instrumento que serve, igualmente, para a despenalização da conduta ilícita.

A circunstância de as *medidas restritivas* possuírem o mesmo conteúdo das penas alternativas não é o bastante para que se deixe de fazer a importante distinção da natureza jurídica de uma e outra. Ora, a medida restritiva *extingue a punibilidade*, o que, na sistemática atual, implica em absolvição (art. 397, IV, do CPP). A pena alternativa, como o próprio nome já diz, é uma sanção criminal, aplicada para quem é considerado culpado, assim chamada porque substitui a pena privativa de liberdade.

Devido a essa distinção ontológica, 7 (sete) características fundamentais distinguem um instituto do outro. Eis as características essenciais da *medida alternativa propriamente dita ou restritiva* e da pena alternativa:

Medida alternativa propriamente dita ou restritiva	Pena alternativa
(1) não é pena; (2) não pressupõe a declaração de culpa do agente; (3) é consensual, pois depende de proposta do MP e	(1) constitui-se pena, mesmo quando aplicada no juizado especial; (2) pressupõe declaração de culpa do agente;

bargaining, com a seguinte redação: “Art. 1º. O art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação: (omissis). Art. 89-A. Mediante proposta do Ministério Público, na qual deverão constar as condições, poderá ser negociada a aplicação da pena privativa de liberdade cabível: I – nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, com redução de um a dois terços; II – nos demais crimes, com redução de um sexto a um terço”.

<p>aceitação do autor do fato;</p> <p>(4) tem como finalidade extinguir a punibilidade;</p> <p>(5) o juiz a aplica por meio de 'decisão homologatória' ou declaratória;</p> <p>(6) cumpridas as condições estabelecidas, o processo é extinto por meio de sentença, declarando a extinção da punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099, de 1995), possuindo, portanto, natureza absolutória (art. 397 do CPP); e</p> <p>(7) não gera efeito criminal ou cível, exceto para impedir nova transação pelo prazo de cinco anos (art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei nº 9.099, de 1995).</p>	<p>(3) é coercitiva, pois se trata de pena;</p> <p>(4) tem como finalidade fazer com que seja evitada a aplicação de pena privativa de liberdade;</p> <p>(5) o juiz a aplica por meio de sentença condenatória;</p> <p>(6) deve ser cumprida com a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o caso da pena de prestação de serviços à comunidade para ilícito com sanção inferior a um ano (art. 55 do Código Penal - CP); e</p> <p>(7) gera efeitos criminais e cíveis, importa em reincidência, constituindo-se a sentença em título judicial para executar o dever de reparar civilmente o dano.</p>
--	---

Infelizmente, o legislador da Lei nº 9.099, de 1995, ao contrário do que consta no art. 28-A, caput e § 10, do CPP (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), não se mostrou afinado com a melhor técnica quando tratou do instituto da transação, mecanismo pelo qual, deve ser aplicada a medida restritiva, no caso de crime de menor potencialidade ofensiva. Da forma como foram redigidos os dispositivos – notadamente o art. 76, caput e § 4º, da Lei nº 9.099, de 1995 –, tem-se a impressão de que, por meio da transação, ocorre a aplicação de pena restritiva de direito ou multa, quando isso não é verdade. A esse respeito, verifique-se que, no caput do art. 76, está dito que “... o Ministério Público poderá propor a *aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas*, a ser especificada na proposta” (Grifos acrescentados), transparecendo que é condição necessária para essa negociação processual a aceitação pelo autor do fato da sanção criminal prevista.

Ora, conforme foi visto, insere-se na compreensão do devido processo legal que a responsabilidade penal somente é admissível caso seja identificada por meio do processo, no qual assegurado, além de outras garantias fundamentais, o direito à ampla defesa. Por isso mesmo, na seara criminal, a confissão da pessoa, feita fora ou dentro do processo, não tem o condão de fazer perecer a necessidade de a culpa ser reconhecida mediante o exame das demais provas coligidas durante a instrução. Não tem valia em nosso sistema, por mais razões ainda, o reconhecimento da procedência da pretensão acusatória, pois, conforme salientado, não adotamos em nosso meio o *plea bargain* estadunidense.

Ada Pellegrini, Gomes Filho, Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes admitem que, na transação, há a aplicação de sanção penal, mas afastam a tese de inconstitucionalidade ao fundamento de que a própria Constituição, no art. 98, I, previu uma exceção à “... necessidade de processo para a privação da liberdade”. Essa explicação, *data venia*, não convence, até porque o constituinte não conferiu *caráter condenatório* à transação. Não há colisão entre o devido processo legal e a transação prevista no art. 98, I, da Constituição. Ao disciplinar a transação, o legislador infraconstitucional, necessariamente, teria de adequar esse instituto ao princípio do devido processo legal. Por conseguinte, sem embargo dos termos empregados pelo legislador, a interpretação do texto tem de ser *conforme* a Constituição, o que recomenda que se entenda que, com a transação, não se impõe pena, mas sim medida alternativa despenalizante da conduta ilícita vista no caso concreto.

Dessa forma, se a condição estabelecida pelo Ministério Público fosse a *sujeição* do autor do fato ao cumprimento de pena restritiva de direito ou multa, seria o mesmo que exigir o reconhecimento da culpabilidade ou, no mínimo, a procedência da *persecutio criminis*, o que compromete, como aqui já foi dito e repetido, o postulado do devido processo legal. Ademais, se assim fosse, à evidência que isso não seria uma transação, pois não haveria nenhuma vantagem para o autor do fato. Seria um mero *consentimento* do autor do fato para que lhe fosse aplicada logo, sem o devido processo legal, a pena prevista para o crime, o que, além de inadmissível em nosso sistema constitucional, não seria razoável.

Em sentido contrário, Ada Pellegrini, Gomes Filho, Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes³⁸³ defendem que, na transação, a pedido das próprias partes, o juiz aplica sanção criminal, o que “... significa submissão consentida à sanção penal, sem reconhecimento da culpabilidade penal”. Com todo o respeito que os consagrados doutrinadores merecem, mostra-se contraditório dizer que, no caso, há aplicação de pena sem culpa. Um dos requisitos caracterizadores do ilícito criminal reside na culpa, em sentidos lato ou estrito senso, não se admitindo, sequer, a possibilidade da previsão de *culpa objetiva* no tipo penal. Para se punir alguém criminalmente, mister se faz identificar a culpa. É estranho, e mesmo dissonante de um sistema democrático, aceitar que alguém seja responsabilizado criminalmente, mediante aplicação de pena, mesmo que ela não seja privativa de liberdade, sem que se tenha como pressuposto a declaração, por meio do devido processo legal, de sua culpabilidade.

Como se não bastasse, o legislador da Lei nº 9.099, de 1995, confere a impressão de que o juiz, ao acolher a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, “... aplicará a pena restritiva de direitos ou multa”, muito embora se tenha tido o cuidado de sublinhar que isso “... não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos (art. 76, § 4º)”.

Todavia, conforme salientado, tecnicamente, não se aplica nenhuma sanção na solução consensual, seja na transação, no acordo de não persecução penal ou mesmo na suspensão condicional do processo, pois, ao acolher a proposta formulada pelas partes, o juiz apenas *homologa* o acordo, não havendo de falar-se, assim, em sentença condenatória. Não há, por conseguinte, *condenação*, daí por que não haveria mesmo de falar-se em reincidência, assim como se mostra despropositada a ressalva preceituada no § 6º do art. 76 da lei em referência (“A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível”). A leitura atenta do dispositivo mostra que o início do artigo – “... A imposição da sanção de que trata o § 4º” – dá a impressão do caráter condenatório do pronunciamento.

Incongruências à parte do legislador, o que importa é que a transação não tem, à evidência, conteúdo condenatório, até porque o juiz apenas homologa o que foi acordado entre o Ministério Público e o autor do fato. Quando o caput do art. 76 da Lei nº 9.099/95 fala que constará da proposta do Ministério Público a *aplicação imediata de pena restritiva de direitos*, entenda-se como se ele, em verdade, tivesse dito *aplicação imediata de medida restritiva de direitos* ou de condições, tal como acentuado no caput do art. 28-A do CPP.

Isso porque, conforme assinalado acima, conquanto as medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas tenham o mesmo conteúdo das penas restritivas de direitos, aquelas guardam diferença ontológica em relação a estas, pois não se tratam de sanção, mas de medida alternativa de solução do processo. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos ou a limitação de fim de semana, ou mesmo a multa acordada na transação não passam de condições estabelecidas na sentença para serem cumpridas pelo autor do fato, a fim de que o processo seja encerrado com a extinção de punibilidade. Dependendo do caso, a medida restritiva pode muito bem ser prescrita sob a forma de *proibição de frequentar determinados lugares* ou mesmo de *suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo* (art. 47, III e IV, do Código Penal).

Na esteira desse entendimento, a Ministra Rosa Weber, em decisão monocrática, ressaltou que “A imposição de prestação de serviços ou mesmo de prestação pecuniária nesse contexto assemelha-se às penas restritivas de direitos do art. 43 do Código Penal, ainda que com elas não se confunda em natureza e quantidade” (HC 108.914/RS 2012).

A despeito dessas considerações, alguns doutrinadores defendem que, caso não cumprido o que ficou ajustado na transação, o juiz deve converter a pena alternativa – na verdade, medida

³⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 69.

alternativa – em privativa de liberdade, conferindo à sentença homologatória da transação o caráter de édito judicial condenatório, em clara afronta ao devido processo legal. Contudo, se na doutrina havia discussão quanto a esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 80.164, relatado pelo Ministro ILMAR GALVÃO³⁸⁴, em votação unânime da Primeira Turma, tratou de dirimir a dúvida, encontrando-se assim redigida a ementa, na parte em que interesse ao assunto aqui tratado:

HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DOS CRIMES DOS ARTS. 129 E 147 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE CONSISTIRIA NA CONVERSÃO, EM PRISÃO, DA PENA DE DOAR CERTA QUANTIDADE DE ALIMENTO À “CASA DA CRIANÇA”, RESULTANTE DE TRANSAÇÃO, QUE NÃO FOI CUMPRIDA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Conversão que, se mantida, valeria pela possibilidade de privar-se da liberdade de locomoção quem não foi condenado, em processo regular, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, como exigido nos incs. LIV, LV e LVII do art. 5º da Constituição Federal. Habeas corpus deferido.

Esse precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, acompanhado de outros que constam no mesmo sentido, confirmou a tese aqui expendida, no sentido de que a transação, o acordo de não persecução penal e a suspensão condicional do processual não possuem conteúdo condenatório e que o processo criminal consensual, além da missão de limitar o dever-poder da persecução criminal por meio da garantia dos direitos fundamentais, cumpre outra importante função política, qual seja, a de servir de instrumento para *despenalizar*, no caso concreto, a conduta ilícita. Se, com a transação, o autor do fato se sujeitasse à aplicação de pena restritiva de direitos, como defendem vários autores³⁸⁵, o descumprimento das condições estabelecidas na transação permitiria, naturalmente, a sua conversão em pena privativa de liberdade, o que, como visto, de acordo com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, não ocorre.

Ademais, no desiderato de consolidar, de uma vez por todas, esse entendimento e tornar obrigatória a sua adoção, o STF cuidou de editar a Súmula Vinculante nº 35, a fim de deixar consignado que “A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante o oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”

Acrescente-se, por fim, que a tese sufragada serve para dissipar qualquer argumento no sentido de identificar vício de inconstitucionalidade na transação, no acordo de não persecução penal ou na suspensão condicional do processo com suporte na assertiva de que o legislador teria contemplado hipótese de aplicação de pena sem processo, em flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal e mesmo ao princípio da presunção de não culpabilidade. Como exaustivamente ressaltado, com a transação não há aplicação de pena nem o reconhecimento de

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DOS CRIMES DOS ARTS. 129 E 147 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE CONSISTIRIA NA CONVERSÃO, EM PRISÃO, DA PENA DE DOAR CERTA QUANTIDADE DE ALIMENTO À “CASA DA CRIANÇA”, RESULTANTE DE TRANSAÇÃO, QUE NÃO FOI CUMPRIDA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: HC – Processo: 80.164, UF: MS, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/09/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/juris.asp. Acesso em: 7 fev. 2005. No mesmo sentido, a Segunda Turma, no Habeas Corpus 79.572-GO, processo relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, também à unanimidade, assim decidiu: “(...) TRANSAÇÃO – JUIZADOS ESPECIAIS – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – CONVERSÃO – PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE – DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia” (Ibid.).

³⁸⁵ Cf. PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gian Paolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. **Juizado especial**: aspectos práticos da lei 9.099/95. São Paulo: Atlas, 1996. p. 53. GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. Op. cit., p. 88.

culpabilidade do autor do fato, mas propriamente a despenalização da conduta por meio da utilização de medidas alternativas para a solução do processo, o que evidencia que não há malferição às cláusulas do devido processo legal e da presunção de inocência ou de não culpabilidade.

5.1.1.4.1. Transação

Em consonância com o art. 98, I, da Constituição, nas *infrações de menor potencial ofensivo*, assim definidos em lei ordinária, a competência para a conciliação, julgamento e execução será do Juizado Especial, composto de juízes togados, ou togados e leigos, com a adoção do procedimento sumaríssimo, no qual se permite a transação e o julgamento de recursos por meio de turma composta de juízes de primeiro grau. As infrações de menor potencial ofensivo, conforme estabelecido nas Leis n^os 9.099, de 1995, e 10.259, de 2001, são os ilícitos cuja pena máxima não é superior a 2 (dois) anos e todas as contravenções penais, independentemente da pena prevista. No pressuposto de que o agente, nesses casos, não chega, sequer, a ser indiciado em inquérito policial, pois a investigação para as infrações de menor potencial ofensivo se faz mediante *termo circunstanciado*, o legislador denominou como *autor do fato* o agente a quem imputada a prática do crime.

Mas, de acordo com a redação originária da Lei n^o 9.099, de 1995, infração de menor potencial ofensivo era aquele cuja pena abstrata máxima não fosse superior a 1 (um) ano. Posteriormente, ao criar o juizado especial federal, a Lei n^o 10.259, de 2001, considerou crime de menor potencial ofensivo o que tem pena abstrata máxima de 2 (dois) anos (art. 2^o, parágrafo único).

Com isso, surgiu controvérsia sobre a aplicação do novo conceito de crime ou infração de menor potencial ofensivo, igualmente, para o juizado especial estadual. Esse assunto foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 12.033-MS, quando o Ministro Félix Fischer³⁸⁶, ao longo de seu voto, disse expressamente que, com a vigência da Lei n^o 10.259/2001, inseriu-se, em nosso ordenamento jurídico, o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo, aplicável, igualmente, ao juizado especial estadual, até porque *nenhum texto legal ordinário pode, sem justo motivo, discriminar situações*. O legislador, posteriormente, corrigiu a anomalia entre os referidos textos normativos, elevando para 2 (dois) anos a classificação legal de infrações penais de menor potencial ofensivo feita pela Lei n^o 9.099, de 1995 (art. 61, com a redação dada pela Lei n^o 11.313, de 2006), ao tempo em que o conteúdo do então parágrafo único do art. 2^o da Lei n^o 10.259, de 2001, foi deslocado para o caput, a fim de dizer que a competência do juizado especial federal criminal se refere às *infrações de menor potencial ofensivo*.

À primeira vista, a transação somente é admissível quando se trata de processo em que adotado o procedimento sumariíssimo, pertinente ao juizado especial. Aliás, a redação originária da Lei n^o 9.099, de 1995, dava a entender que a competência do juizado especial afastava as regras de conexão ou continência, o que gerou divergência na doutrina e na jurisprudência.

Todavia, a Lei n^o 11.313, de 28 de junho de 2006, cuidou de alterar o caput do art. 60 da Lei n^o 9.099, de 1995, assim como caput do art. 2^o da Lei n^o 10.259, de 2001, a fim de esclarecer que a competência do juizado especial respeita as regras de conexão e continência, agregando que, de qualquer modo, na hipótese da reunião dos processos no juízo comum ou do tribunal do júri, ainda assim, deve ser aplicado o instituto da transação penal e, por consectário, a composição dos danos civis.

³⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ADVENTO DA LEI N.º 10.259/2001.PRORROGAÇÃO DE COMPETÊNCIA, SEM PREJUÍZO DA APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA NOVATIO LEGIS IN MELIUS., Relator Ministro FÉLIX FISCHER, Classe: HC – Processo: 36788, UF: RJ, QUINTA TURMA, Data da decisão: 07/12/2004 Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 14 fev. 2005.

Assim, ainda que reunido em um único processo sob o procedimento ordinário, sumário ou especial, em relação às infrações consideradas de menor potencial ofensivo, incidem as regras estampadas na Lei nº 9.099, de 1995, que dizem respeito à transação e à reparação dos danos sofridos pela vítima. Nesses casos, não raro, a apuração do ilícito é feita mediante inquérito policial, com o conseqüente indiciamento também pela infração de menor potencial ofensivo, não se enxergando aí nenhuma ilegalidade, pelo que a transação é realizada quando o agente já se encontra na condição de indiciado.

Tendo em consideração essa premissa de a transação se aplica independentemente do procedimento adotado para o processo, entende-se que, quando se trata de crime eleitoral, conquanto não haja juizado especial eleitoral, sendo o crime de menor potencial ofensivo, são aplicáveis os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099, de 1995, salvo quando é o caso de crime para o qual estabelecida a pena privativa de liberdade cumulada com a cassação do registro de candidatura.

De outra banda, conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha atestado a constitucionalidade do art. 90-A da Lei nº 9.009, de 1995, que veda a aplicação das disposições nela previstas no âmbito da justiça militar, há julgado no sentido da admissibilidade da aplicação dos institutos despenalizantes, quando se tratar de crime militar praticado por civil (HC 99.743/RJ, Rel. Min. Luiz Fux).

Questão controvertida surgiu com a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, o chamado Estatuto do Idoso, diploma editado com a finalidade de conferir maior proteção às pessoas colocadas em situação de vulnerabilidade devido à idade. Isso porque o art. 94 da lei em referência determinou a aplicação do procedimento estampado na Lei nº 9.099, de 1995, em relação a todo e qualquer crime previsto no Estatuto do Idoso cujo pena não fosse superior 4 (quatro) anos.

A incongruência da norma, especialmente pela circunstância de considerar crime de menor potencial ilícitos com pena superior a 2 (dois) anos, desde que praticados contra idosos, levou o Supremo Tribunal, na apreciação da ADI 3.096, a conferir interpretação conforme a Constituição ao dispositivo em foco, a fim de definir que a Lei nº 9.099, de 1995, nesse caso, se aplica apenas em relação ao procedimento, que é mais célere, não quanto aos benefícios despenalizantes.

Por fim, registre-se que, conforme o art. 41 da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, não se aplica a Lei nº 9.099, de 1995, “Aos crimes praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista...”, existindo decisão do STF de que a vedação se estende até mesmo em relação à contravenção relativa às vias de fato (HC 106.212/MS, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 13.06.2011), pelo que não cabe a transação nesses casos.

A política legislativa adotada para essas infrações consideradas de menor potencial ofensivo é de que se deve buscar, observadas as ressalvas acima, “... sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade” (art. 62 da Lei nº 9.099, de 1995). O exame mais acurado da norma em destaque revela que o escopo do juizado especial criminal é a (1) reparação dos danos sofridos pela vítima, por meio da conciliação e (2) a resolução da questão criminal por meio da transação ou, não sendo possível esta, da aplicação de pena não privativa de liberdade.

Observa-se, assim, que o modelo de justiça criminal previsto para esse tipo de infração de menor gravidade se preocupa em solucionar não apenas o problema gerado para a seara criminal, mas igualmente em compor o litígio cível. Nessa passagem, demonstra-se a preocupação com a participação mais efetiva da vítima – a grande esquecida do drama judiciário –, no processo criminal, no escopo mesmo de dar-lhe maior legitimidade. A fixação dessa diretriz na condução do processo quanto a esses ilícitos mostrou-se salutar, não só porque serviu para dar mais legitimidade à justiça criminal em si, senão também porque fez com que a resposta do judiciário fosse mais econômica e efetiva, na medida em que, em uma mesma demanda, passaram a ser equacionados os efeitos criminais e cíveis da conduta ilícita, solução buscada por meio do consenso.

Como se vê, instaurou-se “... um novo modelo, novo paradigma de justiça criminal, fundado no consenso e que tem em mira resolver os problemas criminal e cível gerados pela ação ilícita”³⁸⁷

Nas discussões encetadas para a transação, não cabe discutir se o autor do fato é, ou não, culpado. O que se debate é se o autor do fato preenche as condições previstas na lei para que ele possa gozar do direito de ter a questão criminal resolvida sob a forma *consensuada*, sem sequer o oferecimento da ação penal. Caso aceita a transação pelo autor do fato, o juiz faz a homologação por sentença, sem que isso pressuponha reconhecimento da culpabilidade do autor do fato. Trata-se, como se nota, apenas de uma forma *consensuada e abreviada* de solução da demanda criminal, com a importante vantagem política de *despenalizar a conduta ilícita* e, assim, evitar a aplicação de uma pena, ademais de o cumprimento das condições estabelecidas ter o condão de gerar sentença absolutória, extinguindo a punibilidade.

Tem-se, dessa maneira, que a transação possui conteúdo de ordem material, na medida em que serve para *extinguir a punibilidade*, circunstância que impõe a prolação de sentença absolutória, na medida em que, nos termos do art. 397, inciso IV, do Código de Processo Penal, a decisão que declara extinta a punibilidade tem natureza jurídica de sentença absolutória.

Nessa dimensão, o instituto da transação não tem como função apenas regradar a persecução criminal por meio da garantia dos direitos fundamentais do agente a quem imputada a conduta ilícita, mas ainda a alta missão de servir de instrumento para a *despenalização/absolvição* ou então, não sendo isso possível, a aplicação de pena que não seja privativa de liberdade. É como se o constituinte tivesse três opções para resolver os crimes de menor potencial ofensivo: (1) a mais radical, extinguir, em tese, todos os crimes considerados de menor potencial; (2) permitir que o Ministério Público, na análise do caso concreto, por um juízo de oportunidade e conveniência, ele mesmo fizesse a descriminalização, mediante a negativa do ajuizamento da ação criminal ou a despenalização, sem que tal passasse pelo crivo do Judiciário; (3) deixar que o caso concreto seja debatido, ainda que de forma abreviada, na arena processual, a fim de que a eventual despenalização fosse fruto do próprio processo.

O constituinte, por uma questão de política criminal, fez a opção pela terceira alternativa, daí que o instituto da transação assume essa *função despenalizante* de fundamental importância para um sistema democrático.

A transação penal tem como paradigma o instituto do Direito americano denominado *no-Prosecution Agreement* (NPA), situação em que o Ministério Público renuncia ao direito de ação, mas com a vantagem de que, nesse caso, com o acordo firmado, não se impõe pena. Em razão do acordo firmado entre as partes, o Ministério Público deixar de oferecer a ação penal e o problema criminal é resolvido.

É, como se vê, uma espécie de acordo de não persecução penal ou em outras palavras, um *negócio jurídico processual* no qual a ação penal deixa de ser ajuizada, em virtude de o autor do fato assumir o compromisso de cumprir as medidas impostas. Apresenta-se, portanto, como o embrião do acordo de não persecução penal, inovação trazida pela Lei nº 13.964, de 2019.

Na época da edição da Lei nº 9.099, de 1995, ainda se tinha a concepção de que qualquer espécie de negociação haveria de ser realizada no âmbito do próprio judiciário. Não se concebeu a justiça negocial por meio da transação como um procedimento a ser realizado extrajudicialmente, a ponto de o legislador ter engendrado uma fase preliminar, prevista para possibilitar às partes interessadas desenvolver as tratativas referentes ao acordo, sob as vistas e a intervenção do juiz.

Nesse sentido, o arts. 72 e 73 da Lei nº 9.099, de 1995, atribuíram indevidamente ao juiz o protagonismo de incentivar e conduzir a conciliação entre o Ministério Público, o autor do fato e a vítima. Ainda assim, alguns juízes, corretamente, não se fazem presentes à audiência preliminar, tendo em consideração que não se conforta com a ideia da negociação a participação direta do

³⁸⁷ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 36.

magistrado nas tratativas, até para evitar que isso iniba o autor do fato ou venha a influenciar em eventual julgamento caso não seja firmado o acordo.

Veja-se que, no ANPP, que é instituto em tudo similar à transação, corretamente, o juiz não participa da negociação, que é feita apenas entre o Ministério Público, o investigado e seu defensor, sendo toda a negociação tratada em fase extraprocessual³⁸⁸, só indo para o crivo do juiz para fins de homologação, que deve ocorrer em audiência³⁸⁹.

Por conseguinte, assim como se dá com o ANPP, nada impede, aliás, tudo recomenda, que o Ministério Público cuide de fazer a oferta da transação sem a necessidade de instauração da audiência preliminar, tomando a iniciativa de negociar diretamente com o autor do fato e, formalizado o acordo, peça a sua homologação ao juiz, principalmente quando, devido à conexão ou continência, o processo seguir o rito ordinário, sumário ou especial.

5.1.1.4.1.1. Requisitos da transação, medidas restritivas admissíveis, a proposta ou recusa justificada da transação como pressuposto de admissibilidade da ação penal e a homologação judicial

O legislador não define propriamente quais são os requisitos para o oferecimento da transação nem quais são as condições que podem ser impostas para a solução da questão criminal por essa via consensual. O legislador, impropriamente, no art. 76, caput, da Lei nº 9.099, de 1995, diz que, “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”. A atecnia é porque, conforme realçado no item 5.1.1.4, supra, com a transação não há assunção de culpa e muito menos se impõe pena. O que se aplica com a transação é mera medida restritiva de direitos.

Veja-se que não consta da Lei nº 9.099, de 1995, quais são as penas restritivas de direitos que, em interpretação conforme a Constituição, assumem a feição de medidas restritivas e podem ser negociadas na transação. Essas medidas restritivas, em verdade, estão catalogadas no art. 43 do Código Penal, quais sejam: (i) prestação pecuniária; (ii) perda de bens e valores; (iii) limitação de fim de semana; (iv) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (v) interdição temporária de direitos; e (vi) limitação de fim de semana.

Ademais, ao invés de dizer em quais casos é admissível a proposta de transação, o legislador preferiu definir que a transação é admissível nas infrações penais de menor potencial ofensivo, assim sendo consideradas todas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (art. 61 da Lei nº 9.099, de 1995, com redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).

Todavia, no art. 76, § 2º, está expresso que não se admite a proposta quando ficar provado: “I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”.

Como se vê, não há nenhuma restrição para a realização da transação pela circunstância de tratar-se de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, ao contrário do que ocorre em relação ao ANPP. Assim, paradoxalmente, em alguns casos, será cabível a transação, que é previsto para os crimes de menor potencial ofensivo, conquanto não seja possível o ANPP, que foi imaginado para os delitos de *gravidade média*.

Diante da dicção normativa da Lei nº 9.099, de 1995, discute-se se o Ministério Público é obrigado, ou não, a propor a transação. Sob outra perspectiva, o debate gira em torno do eventual direito do autor do fato à transação, com o conseqüente reconhecimento de que, para o Ministério

³⁸⁸ Cf. item 5.1.1.4.3.4, infra.

³⁸⁹ Cf. item 5.1.1.4.3.5, infra.

Público, o oferecimento da proposta não é uma *faculdade*, mas sim um *dever*, desde que estejam satisfeitas as condições estabelecidas na lei.

Por outro lado, se a transação for considerada um direito subjetivo, nada obstante a negativa do Ministério Público, o autor do fato pode pedir ao juiz que lhe seja reconhecido o direito de obter os benefícios previstos em lei. E pode, até mesmo, impetrar habeas corpus para esse fim, sob o argumento de constrangimento ilegal, no caso de o seu pleito não ser atendido.

É verdade que, pela redação do art. 76, caput, da Lei nº 9.099, de 1995, tem-se, com apoio em interpretação literal, que o Ministério Público *poderá propor* a transação. Assim, a proposta seria *discricionária* ou *facultativa*, uma mera *facultas agendi* para o Ministério Público. Se se trata de uma mera faculdade, o Ministério Público, mesmo quando a situação não se enquadre em nenhuma das vedações plasmadas no art. 76, § 2º, poderá, ao seu talante, deixar de fazer a proposta. Caso esse entendimento fosse procedente, o Ministério Público poderia, por mero capricho, deixar de formular a proposta de transação, sem a necessidade de expor os seus motivos. A *contrario sensu* a motivação somente seria necessária quando o Ministério Público fosse fazer a proposta. Porém, esse entendimento não parece ser a melhor solução para a discussão.

Retomando o que foi exposto no item supra, há três formas de despenalizar as infrações de menor potencial ofensivo, sendo uma delas por meio do processo e consequente mitigação do *princípio da obrigatoriedade*. A transação é instituto que se presta para despenalizar, no caso concreto, a conduta ilícita prevista na lei e, por seu intermédio, acarretar a extinção da punibilidade, cuja circunstância é reconhecida em sentença, que possui natureza absolutória, pois acarreta a extinção da punibilidade, desde que cumpridas as condições estabelecidas em lei.

A transação penal desobriga o Ministério Público de oferecer a denúncia, autorizando-o a solucionar de forma consensuada o problema penal. Ao tempo em que a transação flexibiliza o princípio da obrigatoriedade da ação penal, isso não implica em reconhecer que o Ministério Público pode escolher, ao seu talante, em quais casos fazer a proposta. Ele tem de ater-se às hipóteses em que é admitida a transação.

Diante dessa consideração, tem-se que a proposta de transação não é uma *faculdade* do Ministério Público; *é mais um dever do que um poder*, de modo que, quando se lê na lei a palavra *poderá*, o correto é enxergar a expressão *deverá*. Isso porque, em verdade, a previsão da transação não rompeu com o dogma da obrigatoriedade quanto ao ajuizamento da ação penal. Mudou a feição desse princípio, é verdade, mas instaurou aquilo que se convencionou chamar de *discricionariedade regulada ou regrada*³⁹⁰. Flexibilizou o princípio se e quando satisfeitos os requisitos legais. Ou seja, a flexibilização é *regrada*.

Caso a transação fosse uma mera faculdade do Ministério Público, haveria a *discricionariedade pura ou sem controle*, o que quer dizer que ele não precisaria justificar a recusa em solucionar o problema por meio da transação. Mas, ao contrário, a posição quanto ao oferecimento ou não da transação não é pura, é *regrada*, ou seja, o Ministério Público tem de apresentar os motivos pelos quais deixa de oferecer, ou não, a proposta de transação.

A necessidade da motivação fundamentada do Ministério Público quando oferece, ou não, a transação penal decorre, em um ou noutro caso, da exigência do devido processo legal. Deverá fazê-lo de forma motivada, constando da denúncia a razão da recusa da transação, especialmente quando fundamentado no inciso III do art. 76, §2º, da Lei nº 9.099, de 1995 (“não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”). Isso porque a hipótese em foco possui uma dimensão subjetiva mais aprofundada do que as outras duas (anteriormente ter sido condenado e ter firmado transação). Ora, sendo um direito subjetivo, a negativa do direito à solução do processo com a transação não pode se dar de forma discricionária, precisa ser devidamente motivada.

³⁹⁰ Cf. FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 85.

Diga-se que a proposta da transação, igualmente, há de ser fundamentada, revelando o Ministério Público uma *opinio delicti* formada pela prova da materialidade e indícios da autoria idêntica à que se exige para o oferecimento da denúncia. Isso evita propostas de transação mesmo quando não existente um lastro probatório mínimo para o oferecimento da denúncia, com suporte na ideia de que o mero *risco* de responder a um processo já é suficiente para que o autor do fato aceite a resolução consensual. Essa necessidade de formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público encontra suporte no caput do art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, diante da ressalva normativa de que "... não sendo caso de arquivamento...", poderá ser feita a proposta da transação.

A proposta de transação, quando adotado o rito sumariíssimo, que é a regra para os crimes de menor potencial ofensivo, é feita na audiência preliminar ou, então, quando frustrada essa oportunidade, no momento da audiência de instrução e julgamento (art. 79 da Lei nº 9.099, de 1995).

Todavia, quando se trata de conexão ou continência e adotado o procedimento ordinário, sumário ou especial, a proposta da transação é embutida na própria denúncia, restrita, claro, apenas às infrações de menor potencial ofensivo. Nessa hipótese, o juiz, querendo, pode marcar uma audiência preliminar, apenas para o fim de avaliar a voluntariedade do acusado em relação ao acordo e fazer esclarecimentos quanto aos efeitos da homologação. Serve, ainda, como uma espécie de *audiência de admoestação*, com a advertência das consequências no caso de descumprimento das medidas restritivas ajustadas.

Os efeitos do acordo só começam a fluir se e quando homologada por sentença a transação, na qual o juiz aplicará a medida restritiva ou multa ajustada entre as partes. Geralmente, os juízes impõem o pagamento de prestação pecuniária (art. 43, I, do CP) e a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, do CP).

Em relação à prestação pecuniária, os valores devem ser destinados à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, em quantia fixada pelo juiz na homologação, que não pode ser inferior a 1(um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos (art. 45, § 1º, do CP), nos termos da Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 154, de 2012, que determina o recolhimento em conta judicial vinculada, com movimentação apenas por meio de alvará judicial, vedado o recebimento do dinheiro em cartório ou secretaria.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas somente pode ser imposta se a pena máxima da pena de privação da liberdade em abstrato for superior a 6 (seis) meses, consistindo no cumprimento de tarefas sem remuneração em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres ou em entidades públicas, que devem ser adequadas às aptidões do autor do fato ou acusado, com jornada à razão de uma hora por dia, durante lapso temporal pelo tempo da pena em abstrato ou, no caso de superior a 1 (um) ano, por tempo não inferior à metade da pena privativa de liberdade (art. 46, §§ 1º a 4º, do Código Penal).

Como não há imposição de pena, as medidas restritivas homologadas não importam em reincidência, servindo, apenas, para impedir nova transação no prazo de cinco anos, daí por que não pode constar de certidão de antecedentes criminais, assim como não faz coisa julgada para o cível, salvo se houver, igualmente, acordo quanto ao ressarcimento dos danos decorrentes da infração, hipótese em que a sentença homologatória terá eficácia de título executivo, para fins de cobrança no juízo competente (art. 74 e 76, §§ 4º e 6º, da Lei nº 9.099, de 1995).

Atente-se para o detalhe de que, diferentemente do ANPP e da suspensão do processo, a homologação da transação não tem o condão de suspender a fluência do *prazo prescricional* do delito durante o período de cumprimento da medida diversa, também chamado de *período de prova*.

Quando a transação se dá em processo com trâmite sob o rito sumariíssimo, a transação é proposta e homologada antes mesmo do ajuizamento da ação penal, do mesmo modo como no ANPP. Nessa hipótese, sem nenhuma interrupção ou suspensão desde a prática do crime, quando o autor do fato descumpre quaisquer das medidas restritivas acertadas na transação, geralmente

resta prejudicado o oferecimento da denúncia, pois, na maioria dos casos, já decorrido o prazo da prescrição, com a consequente extinção da punibilidade.

Infelizmente, o legislador não aproveitou a oportunidade para dizer que a suspensão do prazo prescricional também ocorre na transação e na colaboração premiada, nesta última, quando ajustado o não oferecimento da ação penal.

Esse problema, porém, é remediado quando adotado outro procedimento distinto do sumariíssimo, em razão de a proposta da transação ser feita na própria denúncia, pelo que o recebimento da ação penal tem como efeito a interrupção da prescrição também quanto à infração de menor potencial ofensivo.

Por fim, cumpridas as medidas restritivas acordadas na transação, o juiz, no final, profere sentença extintiva da punibilidade, pronunciamento judicial que, por questão de política criminal, tem natureza absolutória.

5.1.1.4.1.2. Direito subjetivo do autor do fato de ter a sua conduta despenalizada por meio da transação, quando satisfeitas as condições previstas na lei

Além de não ser uma faculdade do Ministério Público, a resolução do processo mediante a despenalização da conduta por meio da transação constitui um direito subjetivo do autor do fato. Ou seja, se a situação deste não se encaixa em nenhuma das vedações elencadas no art. 76, § 2º que impedem a transação, ele tem o direito de ter a sua conduta despenalizada. Não se cuida de um mero direito processual, mas de um direito de conteúdo material, visto que, nesse caso, a decisão judicial tem o condão de extinguir a punibilidade, com a despenalização da conduta ilícita. Ainda mais que, consoante já ressaltado, com a Reforma Tópica de 2008, a extinção da punibilidade se opera por meio de sentença absolutória, de modo que, para todos os efeitos, o agente é absolvido (art. 397, inciso IV, no CPP).

Por isso mesmo, caso o Ministério Público se negue a propor a transação, ou seja omisso em relação a ela, o autor do fato pode pedir que o juiz decida se ele faz jus, ou não, à resolução do processo com a despenalização de sua conduta. Por outro lado, caso o juiz não acolha o seu pedido para que assim seja solucionado o processo, o autor do fato pode interpor habeas corpus, ao fundamento de que está sofrendo constrangimento ilegal, em virtude de não ter sido reconhecido o seu direito de ver despenalizada a sua conduta, com consequente encerramento do processo sem maiores traumas ou consequências criminais.

Não é correto, portanto, dizer que a transação ou a resolução do processo com a despenalização da conduta é um *benefício* outorgado ao autor do fato. Note-se que, há muito tempo, a jurisprudência brasileira tem reconhecido que as normas criminais de ordem *premier*, cada vez mais presentes na legislação, não têm propriamente a natureza de benefício, porquanto veiculam verdadeiros direitos subjetivos. Foi assim que o Supremo Tribunal Federal dissipou a discussão que agitava a doutrina quanto à definição se a suspensão condicional da pena era benefício outorgado ao acusado, cuja concessão ficava sob a discricionariedade do juiz, ou se se tratava de direito subjetivo, de modo que o magistrado, caso satisfeitas as condições estabelecidas na lei, teria de conceder o *sursis*.

À guisa de respaldo ao asseverado acima, observe-se que, ainda no ano de 1986, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 63.557-RJ, tendo funcionado como Relator o então Ministro Francisco Rezek³⁹¹, deixou consignado que o *sursis* “... além de direito

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ‘HABEAS CORPUS’. ‘SURSIS’. DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO. CÓDIGO PENAL DE 1940, Relator Ministro FRANCISCO RESEK, Classe: HC – Processo: 63.557, UF: RJ, SEGUNDA TURMA, un. Data da decisão: 10/08/1986. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 fev. 2005. A redação da ementa é a seguinte: “HABEAS CORPUS’. ‘SURSIS’. DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO. CÓDIGO PENAL DE 1940. O ‘SURSIS’, além de direito subjetivo do réu, interessa por igual ao complexo tático de defesa social. Daí resulta que a periculosidade do indivíduo há de ser flagrante e bem demonstrada para desautorizar o benefício; da mesma forma

subjetivo do réu, interessa por igual ao complexo tático de defesa social”, daí resultando que “... a razão para indeferir o sursis deverá ser sempre grave”³⁹².

De todo modo, há vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não há direito subjetivo à transação. A posição jurisprudencial desses dois tribunais superiores foi firmada ao abordar a questão referente à suspensão condicional do processo, considerada como espécie de transação, pois também se trata de um negócio processual. Em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça está dito, expressamente, que a suspensão do processo, espécie de transação, não se trata de direito subjetivo³⁹³.

Nesse passo, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no afã de consolidar o seu entendimento sobre o assunto, estabeleceu que a suspensão do processo – uma das formas de transação criminal – não se trata de direito subjetivo. Todavia, de modo até certo ponto contraditório, acrescentou a Terceira Seção do STJ que, caso haja divergência do juiz quanto à negativa da proposta pelo Ministério Público, aplica-se, analogicamente, o art. 28 do Código de Processo Penal, na sua redação primária, isto é, o juiz deve remeter o feito para o Procurador-Geral da Justiça ou para o Procurador-Geral da República, a fim de que este insista na negativa, faça ele próprio a proposta ou designe outro membro do órgão para fazê-la³⁹⁴.

Aderindo a esse pensar, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 696, para reiterar que “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

Pois bem, se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça dizem que a suspensão do processo tem a natureza de transação e que, quando o Ministério Público a nega, o juiz pode dissentir e, por analogia, remeter o processo para os fins do art. 28 do Código de Processo Penal, por linhas transversas, estão dizendo que a proposta da transação ou de suspensão do processo, desde que satisfeitas as condições legais, é um *dever*. Por uma razão muito simples. É que o art. 28 do CPP, em sua redação originária, somente foi concebido devido ao princípio da *obrigatoriedade* do aforamento da denúncia e do sistema misto-inquisitivo adotado na redação originária do Código de Processo Penal que, embora torne defeso ao juiz iniciar o processo sem a provocação de quem detém a legitimidade para tanto, permitia que o julgador provocasse a *ação* do Ministério Público.

Por conseguinte, no instante em que se diz que o juiz pode, caso discorde da negativa do Ministério Público quanto a fazer a proposta da transação, utilizar a regra do art. 28 do CPP, na

que deve estar apoiado em indícios válidos a presunção de futura reincidência. A razão para indeferir o ‘sursis’ deverá ser sempre grave. Ordem concedida” (Ibid.).

¹²⁵² Ibid.

³⁹² Ibid.

³⁹³ Porém, no julgamento do Habeas Corpus 83.250/SP, relatado pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA, assim abordou a questão: “... o Ministério Público expressa e motivadamente deixa(ou) de oferecer a suspensão condicional do processo, e o juiz homologa(ou) essa manifestação...” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI 9.099/95, ART. 89). REQUISITO OBJETIVO E CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SÚMULA 696. ORDEM DENEGADA, PRIMEIRA TURMA, mv. Data da decisão: 25/11/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 fev. 2005. Ora, nesse sentido, realmente não há direito subjetivo. Se os motivos apresentados pelo Ministério Público para não oferecer a proposta são pertinentes, tem-se por evidente que, no caso concreto, o agente não possui direito subjetivo à transação. Portanto, para todos os efeitos, essa decisão se conforta com a tese aqui expandida.

³⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEI 9.099/95, ART. 89. SUSPENSÃO DO PROCESSO. DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CPP. OFERECIMENTO DA PROPOSTA APÓS A SENTENÇA QUE DESCLASSIFICA O CRIME. INVIABILIDADE. Relator Ministro ARNALDO DA FONSECA, Classe: RESP – Processo: 539770, UF: SP, QUINTA TURMA, Data da decisão: 16/10/2003, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 fev. 2005. No voto, o Ministro argumenta, de forma expressa, que a transação não é direito subjetivo, mas mera faculdade do titular da ação, porém eventual divergência quanto à negativa da proposta pode ser solucionada com a utilização do art. 28 do CPP.

essência está sendo dito que o órgão ministerial tem o *dever* de fazer a proposta de transação, daí por que o juiz, malgrado não possa tomar essa iniciativa, deve provocar a revisão dessa posição dentro do órgão ministerial, mediante a remessa do processo ao Procurador-Geral.

Se a transação é um dever para o Ministério Público, a conclusão lógica que se impõe é que se trata de um direito subjetivo do autor do fato. Ora, a proposta de transação somente pode ser vista como um dever para o Ministério Público, caso se entenda que a resolução do processo com a despenalização da conduta é um direito da pessoa que reúne os requisitos para a transação.

Trata-se de uma questão de lógica: o dever de *A* para com *B*, enxergada a situação pelo outro lado da relação jurídica, corresponde ao direito de *B* para com *A*. Em consonância com essa lógica, quando o juiz discorda da negativa de proposta de transação pelo Ministério Público e decide remeter, por via do art. 28 do CPP, o assunto para o Procurador-Geral, na prática, ele justifica sua posição com o argumento de que o autor do fato *faz jus* a ter a sua conduta despenalizada ou, para ser mais claro, que ele tem o *direito* subjetivo à despenalização de sua conduta considerada ilícita.

Essas considerações levam a outra conclusão, no sentido de que, satisfeito o requisito objetivo, isto é, a pena máxima não sendo superior a 2 (dois) anos, deve o *Parquet* – insista-se – expor na denúncia os fundamentos pelos quais fez a proposta da transação ou, então, pelos quais deixou de fazê-la³⁹⁵.

Se o autor do fato tem o direito subjetivo de ter o processo solucionado sem a aplicação de pena, ele pode pedir ao juiz que decida se ele tem, ou não, o direito à transação. Não se trata, à evidência, de concessão de ofício da transação, até porque isso, sim, é impossível, pois, para todos os efeitos, havendo ou não proposta do Ministério Público, exige-se que haja manifestação de vontade do autor do fato quanto à aceitação de que seja solucionado o processo pelo caminho da aplicação imediata de *medida alternativa propriamente dita ou restritiva*.

Assim, por questão de ordem lógica, quando o juiz discorda da negativa da proposta de transação pelo Ministério Público e, seguindo o entendimento sumular, opta por adotar a solução do art. 28 do CPP, antes deve consultar o autor do fato para saber se ele tem, ainda que em tese, o interesse de fazer a transação. Se o autor do fato diz que nem mesmo em tese aceita a transação, evidentemente que o juiz não vai fazer uso do art. 28 do CPP, até porque isso seria inócuo e contribuiria, apenas, para a demora do processo, em razão da criação de incidente desnecessário. Portanto, na prática, o que frequentemente acontece, quando o Ministério Público não faz a proposta da transação, é o autor do fato sinalizar para o juiz, que tem o desejo de solucionar o problema penal com base no seu direito à despenalização da conduta.

Evidencia-se, assim, que o magistrado, quando não é feita a proposta de transação pelo Ministério Público, não age de *ofício*, mas, sim, em razão da provocação que lhe é feita pelo autor do fato. Esse pedido feito pelo autor do fato ao juiz, na hipótese de indeferimento, comporta, em tese, impugnação por via do habeas corpus, ao fundamento da ocorrência de constrangimento ilegal, até mesmo porque não há previsão de admissibilidade do recurso em sentido estrito.

O entendimento em contrário, no sentido de que o juiz não pode, a pedido do autor do fato, conceder a transação criminal é o mesmo que negar àquele o acesso à justiça. Corresponderia a dizer que, não obstante o autor do fato detenha o direito subjetivo à transação, não pode invocá-lo perante o juiz a quem distribuído o processo.

Essa forma de pensar contraria um direito fundamental do nosso sistema, que é a garantia do pleno acesso à justiça, ainda mais porque, ao contrário do tratamento normativo conferido ao acordo de não persecução penal, não há nenhuma norma, ainda que implícita, vedando que a recusa da proposta seja discutida no ambiente do Judiciário (art. 28-A, § 14, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Nem se diga que a solução alvitrada pelo art. 28 do CPP, sem a alteração da Lei nº 13.964, de 2019, do mesmo modo que ocorre quando o princípio da obrigatoriedade não é

³⁹⁵ A fundamentação quanto ao oferecimento, ou não, da proposta de suspensão condicional do processo, quando a pena mínima do delito não for superior a 1 (um) ano, nada obstante o silêncio do art. 41 do Código de Processo Penal, que deveria ter sido atualizado, passa a ser um dos requisitos da ação penal.

observado no ajuizamento da ação criminal pelo Ministério Público, é suficiente para assegurar o exame do direito do autor do fato.

Esse argumento, mesmo a uma análise superficial, não se sustém. Isso porque ao dever de oferecer a denúncia não corresponde um direito subjetivo da vítima ou de quem quer que seja a que a ação penal seja intentada. Observe-se que, no nosso sistema, por mais crítica que a escolha política mereça, quanto às ações penais de iniciativa pública, a titularidade é exclusiva do Ministério Público, subsistindo para a vítima o direito fundamental de manejar a ação penal subsidiária apenas e tão-somente quando aquele não se manifeste, no prazo assinalado na lei, seja para denunciar ou para pedir o arquivamento (art. 5º, LIX, da Constituição)³⁹⁶. Consequentemente, se o Ministério Público entende que não deve oferecer a denúncia, tenha havido ou não o incidente do art. 28 do CPP, o ofendido e, na sua falta, os seus familiares mais diretos, nada pode fazer, pois, como se disse, ele não tem o direito de ação, quando se trata de crime que desafia ação penal de iniciativa pública.

No caso da transação, a situação é diferente, pois, conforme visto, ao dever de fazer a proposta corresponde o direito subjetivo do autor da infração para que o processo seja resolvido de modo que a conduta seja despenalizada.

Tendo em conta essas considerações, expendidas deste a primeira edição deste livro, a 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, examinando questão afeta à suspensão condicional do processo, que se aplica à hipótese de transação, preceituou precedente no seguinte sentido:

1. Tratando-se a suspensão condicional do processo de um meio conciliatório para a resolução de conflitos no âmbito da Justiça Criminal, mostrando-se como uma alternativa à persecução penal estatal, fica evidenciado o interesse público na aplicação do aludido instituto. 2. Embora o órgão ministerial na qualidade de titular da ação penal, seja ordinariamente legitimado a propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário. (STJ, HC 131.108-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, m., j. 18/12/2012).

Como se observa da ementa do acórdão, o interessado, no caso, o acusado, pode e deve questionar ao juiz a razão pela qual o Ministério Público, eventualmente, tenha deixado de oferecer a suspensão condicional do processo, o que se aplica, em tudo, à transação. Conquanto na ementa do julgado em destaque não se tenha feito referência expressa à existência de um direito subjetivo, o Ministro Jorge Mussi, preferindo salientar que a solução de forma alternativa expressa um *interesse público*, após apontar que a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que a suspensão condicional do processo é *poder-dever* do Ministério Público, admitindo-se apenas excepcionalmente a aplicação subsidiária do art. 28 do CPP, afirmou que se filia à “... corrente doutrinária e jurisprudencial que considera o aludido instituto despenalizador como direito subjetivo do acusado, desde que preencha os requisitos especiais previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, razão pela qual os indispensáveis fundamentos da recusa da proposta pelo Ministério Público podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário”.

Infelizmente, o aresto acima representa, apenas, a posição assumida pela Quinta Turma, reiterada em outras oportunidades (Habeas Corpus nº 309535, un., DJE 04/09/2017), prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça o entendimento da outra corrente, sustentada pela Corte Especial (Ação Penal nº 871, Corte Especial, un., DJE 27/10/2017), no sentido de que a solução para essa situação é a aplicação subsidiária do art. 28 do Código de Processo Penal, em sua redação originária.

³⁹⁶ A queixa penal subsidiária, corretamente, está catalogada como direito fundamental. Com efeito, essa norma garante, ainda que de forma precária ou subsidiária, o acesso à justiça, outorgando ao particular o direito de acionar o Poder Judiciário nos crimes que desafiam ação penal de iniciativa pública, quando o Ministério Público, que é o titular originário, não se desincumbe de sua missão no prazo definido na lei. O dispositivo constitucional está assim redigido: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

Diante da inovação trazida pela Lei nº 13.964, de 2019, quanto ao acordo de não persecução penal, que é instituto semelhante ao da transação, porém aplicado a crimes de gravidade média, o mais apropriado, caso se persista no entendimento de que o juiz não pode decidir sobre a omissão do Ministério Público quanto ao oferecimento da transação, é a aplicação subsidiária do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal. Assim, no caso de recusa do Ministério Público em propor a transação penal, o agente a quem imputada a prática do crime teria como opção pedir a revisão desse entendimento no âmbito interno do Ministério Público³⁹⁷.

5.1.1.4.2. Colaboração premiada

Como consequência das mais diversas notícias veiculadas na imprensa nacional sobre crimes de corrupção envolvendo agentes públicos, revelando o desvio de vultosos recursos financeiros para irrigar campanhas eleitorais e enriquecer agentes públicos, empresários e servidores, ganhou relevância no cenário nacional o debate sobre a pertinência da utilização da colaboração – pejorativamente chamada de *delação* – de agentes participantes do esquema criminoso mediante a proposta de concessão de benefícios, tais como a renúncia da ação penal, perdão judicial, redução da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e, até mesmo, a definição de regime de cumprimento da pena mais benéfico.

A despeito de o tema suscitar densos debates políticos e doutrinários, que passeiam pelos aspectos de ordem jurídica e ética, efetivamente o assunto só mereceu a devida atenção do legislador brasileiro com a edição da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Uma coisa é certa: estreme de dúvidas, sem a colaboração obtida a partir da premiação ao agente que se predispõe a auxiliar a persecução criminal, esses ilícitos de base organizativa, a exemplo dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, ainda que não ficassem de todo impunes, só ensejariam as condenações de alguns agentes, aqueles diretamente envolvidos com as operações, não havendo como reunir provas contra os mentores do esquema, geralmente os ocupantes de cargos relevantes na administração pública ou detentores de cargos eletivos. Nem muito menos seria possível se compreender as estruturas dessas organizações criminosas para fins de desconstrução do aparato humano, material e financeiro necessário para a prática dos delitos.

A par disso, indo além do incentivo da colaboração de quem responde pela prática de crimes, a Comunidade Europeia, os Estados Unidos e as Nações Unidas passaram a adotar programas de *reportantes* como um dos instrumentos necessários para a defesa do interesse público. O Brasil assumiu o compromisso perante a ordem internacional de adotar esses programas, tal como se evidencia da Convenção das Nações Unidas para Combate à Corrupção e Convenção Interamericana de Combate à Corrupção. Esse mecanismo é denominado *Whistleblower*, que consiste na criação de regras para possibilitar que o cidadão colabore, sem receio de retaliações, para a proteção do patrimônio público. Essa forma de proteção está em compasso com a pauta dos direitos fundamentais, na medida em que é forma de garantir à pessoa as condições necessárias para colaborar com a segurança pública, nos termos da parte final do art. 144 da Constituição, materializando o direito da liberdade de expressão e do pleno exercício da cidadania. Ainda que de forma precária, o instituto do *Whistleblower* foi instituído em nosso sistema por meio da Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, sendo aperfeiçoado com o chamado *Pacote Anticrime*.

A Lei nº 13.608, de 2018, premia o cidadão que faz *delatio criminis* agindo como se fosse *fiscal do Estado* (vigilante ou informante), podendo ser estabelecido, dentre outras formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos, o pagamento em dinheiro, quando a contribuição leve à resolução de crimes. Nesse sentido, no mês de janeiro de 2018, no Estado do Ceará, em virtude de diversos ataques à população em geral, promovidos por organizações criminosas, houve

³⁹⁷ As nuances sobre o ANPP estão expostas no item 5.1.1.4.3 e seguintes.

a aprovação de lei estadual, estabelecendo incentivo financeiro para quem prestasse informações identificando agentes que estavam comandando ou praticando os atos de violência.

A Lei nº 13.964, de 2019, promoveu alterações na Lei nº 13.608, de 2019, a fim de disciplinar, de forma mais consistente, o instituto do *whistleblower*, determinando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem unidade de ouvidoria ou correição com a missão institucional de conferir proteção a pessoas que resolvam relatar informações sobre crimes praticados contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público (art. 4º, caput), tornando-as a salvo de retaliações.

Ademais das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 1990 (Lei de Proteção à Testemunha), a Lei nº 13.608, de 2019, com as alterações promovidas, confere garantia ao *whistleblower* contra “... demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, direitos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas” (art. 4º-C, caput), assegurando-o o direito ao ressarcimento em dobro quanto a eventuais danos materiais, sem prejuízo da indenização por danos morais e, ainda, o direito ao recebimento de recompensa, no caso de as informações resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, limitada à quantia de até 5% (cinco por cento) do valor recuperado (art. 4º-C, §§ 2 e 3º).

5.1.1.4.2.1. Delação ou colaboração premiada: colaboração com a sociedade como forma de defesa

Delação ou colaboração premiada consiste no acordo entre o investigado ou acusado e a autoridade policial ou o representante do Ministério Público. Nos termos da definição legal do art. 3º-A da Lei 12.830, de 2013 (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”. Dessa forma, o colaborador, como forma de barganhar a pena que lhe será aplicada aceita voluntariamente prestar informações cruciais para a desarticulação do grupo criminoso e para a identificação de terceiro também teve participação no fato delituoso. Em troca pela colaboração, o agente pode ser compensado com acordo que pode implicar na renúncia à ação penal – similar ao acordo de não persecução penal – na extinção de sua punibilidade por meio do perdão judicial, redução da sanção, fixação de regime menos rigoroso de cumprimento da pena ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em outras palavras, a delação ou colaboração confere ao agente colaborador benefícios legais, forma de premiação que, por via reflexa, serve, ainda que mediatamente, para o exercício efetivo do direito à ampla defesa. A definição legal resolve, em parte, discussão doutrinária a respeito de sua natureza jurídica. O art. 3º-A da Lei nº 12.850, de 2013, esclarece que a colaboração consiste em um meio de obtenção de prova, de modo que o seu conteúdo em si não serve para fundamentar sentença criminal e, sequer, serve na qualidade de indícios para fins de servir de fundamento para a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais ou o mesmo o mero recebimento de ação penal (art. 4º, § 16)³⁹⁸. Frederico Valdez, mesmo antes da alteração legislativa em foco, entendia que, em tese, as palavras isoladas do colaborador não se apresentavam como suficientes para preencher as exigências da justa causa para fins de ajuizamento da ação e consequente instauração do processo.

Agora, em razão do dispositivo em destaque, para todos os efeitos, o conteúdo da colaboração premiada só serve para o processo se e quando corroborado por provas acostadas aos autos, que tenham sido obtidas por seu intermédio ou por outra via lícita. Ou seja, o conteúdo da

³⁹⁸ **Delação premiada:** legitimidade e procedimento. Aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

colaboração premiada é mero *meio de obtenção de prova*, não sendo, portanto, espécie de prova ou, sequer, de indício de autoria.

Aqui se diz que o legislador resolveu apenas em parte a questão referente à natureza jurídica, pois não foi feita referência normativa quanto à circunstância de a colaboração premiada se apresentar, igualmente, como meio de defesa, tese sustentada neste livro.

Impende observar que, etimologicamente, a palavra *delação* – é a preferida na linguagem comum – origina-se do latim *delatione* e, em explicação simples, traduz-se no ato de o investigado ou acusado revelar à autoridade policial ou ao representante do Ministério Público a participação de *terceiros* na empreitada criminosa. Por sua vez, a expressão *premiar*, conforme consta no Dicionário Aurélio Buarque, significa “dar prêmio ou galardão a; laurear; galardoar; pagar; recompensar; remunerar”³⁹⁹. Tendo em conta esse aspecto, Damásio de Jesus⁴⁰⁰ esclarece que a interlocução delação premiada é a “incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato).” Diz-se premiada por ser incentivada pelo legislador, que oferta prêmios ao delator, concedendo-lhe benefícios que podem consistir em redução da pena, perdão judicial, regime mais benéfico de cumprimento da pena etc.).

Em compasso com os ensinamentos doutrinários, a colaboração premiada pode ser antes ou durante o processo, aí incluída a fase de execução. A primeira se dá na fase da investigação policial, antes de recebida a denúncia contra o acusado. A segunda, naturalmente, após o ajuizamento da ação penal e, até mesmo, posterior à prolação da sentença condenatória. O escopo perquirido com a delação é desbaratar o grupo organizado, seja para apurar as responsabilidades de todos os envolvidos, seja para coibir a continuidade da prática delitiva e, até mesmo, para permitir que, com a exata compreensão de como se deu o esquema criminoso, possam ser adotadas estratégias para prevenir a perpetração de novas infrações.

O instituto similar no Direito americano é o *cooperation agreement*, merecendo destacar, aqui, que, embora haja um ajuste a respeito da pena a ser aplicada, não se trata de *assunção de culpa*, de modo que esse acordo, por si só, não autoriza a prolação de sentença condenatória contra o colaborador. Assemelha-se com o *sentence bargaining*, conforme visto no item 9.1.3, supra.

O prêmio à colaboração é assunto de ordem ética que enseja contundente divergência entre os doutrinadores. Não se confunde com o depoimento dado por testemunha, pois, no caso da colaboração, são declarações oriundas de uma pessoa que também teve participação na empresa criminosa, não se tratando, por tanto, de depoimentos sobre atos em relação aos quais teve conhecimento sem estar envolvido na empreitada criminosa.

Note-se que a palavra delação, no seu sentido técnico, refere-se às afirmações feitas por um dos envolvidos no crime, com a propriedade de identificar a participação de outras pessoas, fornecendo detalhes sobre o ilícito, de modo que, na arena das relações pessoais, a delação pode ser vista como uma *traição*, o que, em rigor, seria reprovável mesmo quanto a companheiros da empresa criminosa.

Assim, para todos os efeitos, no momento em que o Estado, por meio da lei, incentiva e oferece um prêmio a quem se presta a *delatar* outrem, em certa medida, está fomentando a *traição*. De qualquer sorte, sob outra ótica, a delação pode representar o interesse – despertado por algum fator – de um dos envolvidos no crime em colaborar com o Estado e a sociedade em si, no sentido de dizer a verdade e esclarecer um fato que interessa à comunidade, ademais de ser instrumento que permite ao agente manifestar o seu arrependimento pelo agir ilícito. Pode-se dizer ainda que é uma forma de colaboração com a sociedade em si, na dimensão do art. 144, caput, da Constituição, que preceitua ser da *responsabilidade de todos* a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

³⁹⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: Dicionário da Língua Portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

⁴⁰⁰ *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 9.

No particular, com desenganado acerto, Sergio Moro⁴⁰¹ argumenta que por meio desse instituto, o agente, “... embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e a aplicação das leis de um país”, e arremata que, “se as lei forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação: é condenável nesse caso o silêncio.” Enfim, a colaboração premiada se presta, ainda, para que a pessoa, em consonância com a ideia da justiça restaurativa, assuma as suas responsabilidades, reconhecendo os seus erros e malfeitos e procure ressarcir ou minorar os danos causados, comprometendo-se, até mesmo, em restituir eventuais valores apropriados ou desviados com o comportamento ilícito.

Conferindo destaque ao aspecto negativo da delação, embora reconheça que esse instituto venha sendo utilizado largamente no Direito Comparado, especialmente nos sistemas americano e italiano, Luiz Flávio Gomes⁴⁰² diz que essa política legislativa é eticamente condenável, na medida em que passa a mensagem de que trair traz benefícios, difundindo uma cultura antivalorativa, o que, no seu pensar, constitui um equívoco no sentido pedagógico, além de ser uma prova contundente da pública e notória ineficiência do Estado para combater a criminalidade, na medida em que ele sente a necessidade de valer-se da traição.

Essa discussão é antiga, tendo merecido a atenção, até mesmo, de Beccaria. O Marquês disse que a praxe adotada por alguns tribunais de oferecer “... impunidade ao cúmplice de grave delito que delatar os seus companheiros possui seus inconvenientes e suas vantagens”⁴⁰³. Quanto aos inconvenientes, o escritor milanês suscitou a circunstância de o governo autorizar a traição, o que, para ele, é “... detestável mesmo entre os criminosos.”⁴⁰⁴, ao passo que, de outra banda, “... o tribunal mostra a própria dúvida, a fraqueza da lei que implora a ajuda de quem a ofende.” Como vantagem, o autor do livro *Dos delitos e das penas* evidenciava a contribuição que a delação dava ao esclarecimento de crimes graves e para “... mostrar que quem não mantém fidelidade às leis, isto é, ao público, é provável que não a mantenha a cada um em particular.”⁴⁰⁵

Com sua aguçada inteligência, Beccaria via no prêmio à delação uma forma de imprimir no cidadão o receio de reunir partícipes para a prática do crime, pois “... preveniria as associações, com o temor recíproco que cada cúmplice teria de não expor senão a si mesmo”⁴⁰⁶.

Nesse sentido, ao contrário de revelar fraqueza perante aquele que pratica o crime, a colaboração premiada se manifesta como importante instrumento de política criminal não apenas para fins punitivos, mas, igualmente, para a prevenção à prática de crimes por meio da associação de pessoas, sem falar que, conforme acentuado, trata-se de incentivo para que o agente, em sinal de arrependimento pelo seu comportamento, colabore com a sociedade na responsabilização de todos os que tiveram participação no crime.

Por isso mesmo, em que pese a crítica de parte da doutrina, nada obsta, pelo contrário, tudo recomenda, que o Estado, por meio de lei, ofereça vantagens para quem queira colaborar com a justiça⁴⁰⁷, até porque, para todos os efeitos, a disciplina legal, ao tempo em que fortalece o sistema criminal, oferece mais uma alternativa de defesa, a par de fomentar o arrependimento por parte do agente e, de outra banda, desestimular a atuação criminosa em parceria. Sem falar que, consoante asseverado acima, essa colaboração encontra esteio no caput do art. 144 das *Constituição*.

A colaboração/delação premiada não se trata de um instituto novo, sequer em nosso meio. A despeito de tratada no livro *Dos delitos e das penas* de Beccaria, lançado na segunda metade do

⁴⁰¹ MORO, Sergio Fernando. *Considerações sobre a operação mani pulite*. Revista do CEJ, Brasília, n. 26, jul/set/2014, p. 58.

⁴⁰² **Lei de lavagem de capitais**: delação premiada e aspectos processuais penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

⁴⁰³ **Dos delitos e das penas**. Tradução Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 63.

⁴⁰⁴ **Dos delitos e das penas**, p. 63

⁴⁰⁵ **Dos delitos e das penas**, p. 64.

⁴⁰⁶ *Ipsis litteris*, afirmou Beccaria: “Parecer-me-ia que uma lei geral, que promettesse a impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito, fosse preferível, a uma declaração especial em cada caso particular, porque, assim, preveniria as associações, com o temor recíproco que cada cúmplice teria de não expor senão a si mesmo; o tribunal não tornaria ousados os criminosos, aos quais se pedisse ajuda em casos particulares” (**Dos delitos e das penas**, p. 64).

⁴⁰⁷ **Dos delitos e das penas**, 64

Século XVIII, é de conhecimento geral que, na época da vigência das Ordenações Filipinas, houve a delação de Joaquim Silvério dos Reis, o qual, integrante do movimento político denominado Inconfidência Mineira, entregou Tiradentes, o mártir do movimento de libertação patriótica no ano de 1789, obtendo em troca da *Fazenda Real* o perdão de suas dívidas⁴⁰⁸. Essa reminiscência histórica, certamente, contribui para que o instituto, não seja visto com bons olhos, o que é corroborado, ainda, pela história bíblica da traição praticada por Judas, ao delatar Jesus.

Talvez aí resida a explicação para a circunstância de o legislador brasileiro quanto a premiação da delação ou colaboração ter-se mostrado sobremaneira tímido e reticente. No Código Penal incentivou-se, apenas, a confissão espontânea, com a premiação do acusado por meio de atenuante na dosagem da pena pela contribuição prestada ao esclarecimento quanto a sua participação no crime (art. 65, III, d, do Código Penal)⁴⁰⁹. Note-se que o fato de o acusado revelar, ou não, a participação de outrem é indiferente para esse tipo de atenuante. O que a lei premia é o altruísmo do acusado em admitir a sua participação no delito.

O legislador infraconstitucional inaugurou propriamente a colaboração premiada em nosso meio com a edição da Lei nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos, art. 8º, parágrafo único), ao admitir a redução da pena de 1/3 a 2/3 quando, tratando-se de crimes hediondos, prática da tortura tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, o coautor ou partícipe *denunciar* os integrantes do grupo criminoso, possibilitando seu desmantelamento.

Depois, no mesmo passo, o legislador ordinário considerou como causa de diminuição da pena, nos crimes praticados por organizações criminosas, a colaboração espontânea do agente idônea a levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

A partir de então, o nosso sistema normativo passou a expandir a delação. Note-se que, na hipótese da Lei nº 9.034, de 1995 (revogada pela Lei nº 12.850, de 2013), o incentivo não era à mera confissão espontânea, mas para a colaboração espontânea que tivesse o condão de esclarecer sobre as circunstâncias de crimes praticados pela organização – não apenas em relação àquele ilícito em apuração –, assim como de sua autoria.

A Lei 9.080, de 1995, previu a colaboração nos Crimes contra o Sistema Financeiro (Lei nº 7.492, 1986, art. 25) e a Ordem Tributária (Lei nº 8.137, de 1990, art. 16), estabelecendo como prêmio a redução da pena de 1/3 a 2/3, quando, cometidos em associação criminosa ou coautoria, o agente, por meio de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa.

Indo um pouco mais além, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (art. 1º, § 5º), instituiu em nosso sistema jurídico a delação como causa de isenção de pena⁴¹⁰. Assim, nos crimes de lavagem de dinheiro ou de ocultação de bens, direitos e valores, definidos no art. 1º e nos seus §§ 1º e 2º da Lei 9.613, de 1998, quando o autor, coautor ou partícipe colabora espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos necessários à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, o juiz pode, como prêmio, diminuir a pena de um a dois terços, substituí-la pela pena restritiva de direitos ou então, conceder o perdão judicial, deixando de aplicá-la (art. 1º, § 5º).

A delação, como se vê, passou a ser hipótese, até mesmo, de perdão judicial quanto à aplicação da pena; i. e., como prêmio à colaboração dada à justiça, o agente pode vir a ser isentado do cumprimento da pena. Nesse caso, na sentença, o juiz, se for o caso, condena o acusado, porém

⁴⁰⁸ Cf. FONSECA, Pedro Henrique Carneiro. A delação premiada. In: **De jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 10, na/jun 2008, p. 249.

⁴⁰⁹ Antes da reforma da parte geral do Código Penal, operada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, para que a confissão espontânea fosse caracterizada como atenuante, exigia-se, como condição, que a autoria fosse ignorada ou atribuída a outrem.

⁴¹⁰ Art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613, de 1998, com a redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012: “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

o isenta da pena, em cumprimento dessa política criminal de incentivar a delação como forma de tornar o processo criminal mais eficiente⁴¹¹.

Na mesma passada, o legislador brasileiro, com a edição da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, concebeu a delação premial como negociação bilateral que pode levar à extinção da punibilidade. De acordo com a lei em foco, pode ser negociada a concessão do perdão judicial, com efeito extintivo da punibilidade ou a redução da pena de 1/3 a 2/3, em qualquer crime, nos casos em que o autor colabore efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que isso acarrete a (1) identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; (2) localização da vítima com a sua integridade física preservada; e (3) recuperação total ou parcial do produto do crime. Deve-se levar em consideração, ainda, a personalidade do agente e a natureza, circunstância, gravidade e repercussão social do fato criminoso (art. 12, caput, e parágrafo único).

Da forma como o dispositivo está redigido⁴¹², tem-se que a hipótese se refere a crime de extorsão mediante sequestro, pois fala na “localização da vítima com a sua integridade preservada”, com a “recuperação total ou parcial do produto do crime”. Essa impressão é compartilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa da decisão exarada nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 2000200218762-SP, cuja ementa, redigida pelo Ministro José Arnaldo da Fonseca, pontificou: “Os benefícios do perdão judicial e da diminuição da pena, sob a óptica dos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, não se aplicam ao roubo qualificado, pois a teleologia da norma buscou atender à situação permanente e duradoura do crime de extorsão mediante sequestro, situação visível pelo fato da colaboração se dar na investigação e no processo, realidades distantes do tempo de consumação do tipo do art. 157”⁴¹³.

Mantendo essa política legislativa, na edição da Lei nº 11.343, de 32 de agosto de 2006 – dispõe sobre o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes ou drogas ilícitas –, consta que poderá o juiz, em razão de proposta do Ministério Público, deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/3 a 2/3, nos casos em que o acusado promover a revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou a localização, total ou parcial, do produto, substância ou droga ilícita (art. 41).

Enfim, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 – tipificou o crime de organização criminosa –, ademais de revogar a Lei nº 9.034, de 1995, e dar outras providências, disciplinou a colaboração premiada, autorizando que seja negociado pelas partes, a renúncia da ação penal, concessão do perdão, redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritivas de direitos, contanto que eficiente para a obtenção de um ou mais dos seguintes resultados: (a) identificação dos demais integrantes da organização criminosa e das infrações praticadas; (b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão das tarefas; (c) prevenção de novas infrações da organização criminosa; (d) recuperação, ainda que parcial, do produto ou do proveito das infrações; e (e) localização, se for o caso, da vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, incisos I a V).

⁴¹¹ O perdão judicial como forma de isenção de pena já era previsto no Código Penal, antes mesmo da reforma da parte geral, ocorrida em 1984, para cinco hipóteses: art. 140, § 1º, I, I e II; art. 176, parágrafo único; art. 180, § 3º; art. 240, § 4º, I e II; art. 249, art. 259, § 2º. Posteriormente, a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, introduziu mais duas figuras: art. 121, § 5º e art. 129, § 8º. Por fim, a Lei nº 6.898, de 30 de março de 1981, introduziu mais um caso: art. 242, parágrafo único. A Lei das Contravenções Penais, igualmente, contempla várias hipóteses de perdão judicial como isenção de pena.

⁴¹² Art. 13: “Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso”.

⁴¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. EXAME FÁTICO. DISCUSSÃO ACERCA DE EXTENSÃO DE NORMA. ARTS. 13 E 14 DA LEI N.º 9.807/99. PERDÃO JUDICIAL E DIMINUIÇÃO DA PENA. ROUBO QUALIFICADO. INAPLICABILIDADE. INCONGRUÊNCIA COM O PERMISSIVO LEGAL, Classe: ERESP – Processo: 2000200218762, UF: SP, QUINTA TURMA, un. Data da decisão: 26/10/2004. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 15 fev. 2005).

Registre-se que o legislador não fez a distinção, elaborada por parte da doutrina, entre *delação premiada* e *colaboração premiada*. Ele colocou sob a rubrica *colaboração premiada* o benefício legal concedido ao agente que, ao cooperar com a investigação e/ou instrução processual, dentre outras revelações, identificar algum de seus companheiros na empreitada criminosa. Ao preferir a expressão *colaboração*, o legislador expressa preocupação ética, pois dá destaque aos benefícios que o agente traz para a sociedade com a sua ajuda na persecução criminal, não à traição aos companheiros da empresa ilícita. Em outras palavras, incentiva, por meio da premiação, a consciência da pessoa quanto a sua responsabilidade pela preservação da segurança pública, nos termos do art. 144, caput, da Constituição.

Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.964, de 2019, o instituto da colaboração premiada restou sobremaneira aperfeiçoado, com a supressão de imperfeições verificadas quando da utilização desse instrumento nos processos envolvendo crimes de corrupção sistêmica e de lavagem de dinheiro, especialmente nos acordos firmados nos célebres processos oriundos da denominada *Operação Lava Jato*.

5.1.1.4.2.2. Aspectos relevantes da colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850, de 2013

No propósito de evidenciar que a colaboração premiada se trata de instituto próprio da *justiça negocial*, a par de definir que a sua natureza jurídica é de negócio jurídico processual (art. 3º-A, da Lei nº 12.850, de 2019), denomina o Ministério Público de *celebrante* e o investigado ou acusado de *colaborador*. A competência para a homologação do acordo será, de regra, do juiz das garantias (art. 3º-B, segunda parte do inciso XVII, do CPP), salvo quando o ajuste ocorrer posteriormente, quando o processo estiver sob a alçada do juiz da instrução e julgamento (art. 3º-C, caput, do CPP).

É pertinente esclarecer que a colaboração premiada, prevista na Lei nº 12.850, de 2013, em princípio, é destinada apenas aos ilícitos praticados por organização criminosa nela definidos. Contudo, interpretação sistêmica e lógica conduz o exegeta à conclusão de que deve ser aplicada, igualmente, ao crime de associação criminosa tipificado no art. 288 do Código Penal, até porque, para todos os efeitos, não há diferença ontológica entre o grupo que caracteriza, para fins criminais, organização criminosa e o que se enquadra como associação criminosa, senão a quantidade de integrantes, o mínimo de 4 (quatro), no primeiro delito, enquanto de 3 (três), no segundo, ademais da circunstância, quanto àquele, de os ilícitos praticados serem punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos ou, independentemente da quantidade da pena, possuírem caráter transnacional (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850, de 2013). O mesmo se diga em relação ao crime de constituição de milícia privada, estampado no art. 288-A.

Em verdade, a Lei 12.850, de 2013, trata-se de espécie de *lei geral* sobre a colaboração/delação premiada, de modo que os seus dispositivos, no que não forem incompatíveis, devem ser aplicados, subsidiariamente, às demais leis que tratam da matéria, na medida em que estas, como visto supra, apresentam lacunas que comprometem a utilização do instituto.

Feitos esses esclarecimentos, cabe notar que a leitura da primeira parte do § 2º do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013, deixa patente que a colaboração premiada pode ser concedida em qualquer momento da persecução criminal, o que compreende as fases da investigação e, até mesmo, da execução da pena. Limita, porém, o seu alcance quando for posterior à sentença, pois, nessa hipótese, pelo que se depreende do § 5º do art. 4º, o benefício só poderá corresponder à redução da pena até a metade ou à progressão de regime, sem que necessária a observância dos requisitos objetivos, o que inclui, em razão de não constar nenhuma restrição, a definição na sentença condenatória quanto ao cumprimento inicial da pena privativa do direito de liberdade no regime aberto ou semiaberto, independentemente da quantidade da pena.

Por conseguinte, a colaboração premiada ou delação premiada pode ser requerida pelo Ministério Público antes ou depois do oferecimento da ação penal ou na própria peça acusatória.

Em verdade, é possível que a colaboração ocorra em qualquer fase do processo, o que inclui, como salientado, a de execução, ou seja, depois de prolatada eventual sentença condenatória.

Desde a redação originária da lei, o legislador explicitava que a proposta haveria de ser requerida pelas partes, mas não restava claro se isso implicava na necessidade de que o requerimento fosse feito a quatro mãos, isto é, por meio de petição assinada pelo Ministério Público e pela defesa, sendo possível, portanto, pelo menos em tese, que a proposta fosse feita pelo Ministério Público para ser aceita pela defesa. Até porque, para todos os efeitos, “O que se exige é que a colaboração não seja fruto de qualquer forma de ameaça contra o investigado/processado por parte das autoridades legais”⁴¹⁴.

Acontece que toda a tratativa sobre o acordo ocorre no ambiente extrajudicial, com as participações livres do Ministério Público e da defesa. Conforme esclarecido pelo legislador, o acordo de colaboração premiada é um *negócio jurídico processual* (art. 3º-C da Lei nº 12.850, de 2013), cujo início das tratativas se dá com o *recebimento da proposta para formalização*, momento no qual passa a vigor o dever de confidencialidade, até o levantamento do sigilo por decisão judicial (art. 3º-B, caput).

No ponto, o legislador ressaltou que os termos de recebimento da proposta de colaboração e de confidencialidade devem ser *elaborados* pelo celebrante, ou seja, o Ministério Público, e assinados por este e pelo colaborador e seu advogado ou defensor público com poderes específicos (art. 3º-B, § 5º, da Lei nº 12.850, de 2019). No mesmo sentido, o art. 6º, inciso IV, preceitua que o termo de acordo de colaboração deve estar assinado pelo representante do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, pelo colaborador e pelo seu defensor. Esse é um dado importante, que deixa patente a necessidade de que o investigado ou acusado participe de todas as tratativas, com inteiro conhecimento de tudo o que está sendo negociado e com plena ciência das provas existentes e das consequências do acordo.

Assim, conquanto o art. 3º-C § 1º, da lei em referência deixe expresso que “Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público”, é válido afirmar que o acusado ou investigado tem o direito de ampla participação nas negociações, devendo ter ciência de todas as tratativas, o que é assegurado com a exigência de que o a proposta de colaboração e o termo de confidencialidade sejam assinados pelo colaborador, a despeito de firmados, igualmente, pelo seu defensor.

O juiz não participa das negociações entre as partes para a formalização do acordo, conforme, aliás, acertadamente, está expresso na primeira parte do § 6º do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013. Isso porque, nos termos da lei, as negociações e a formalização do acordo devem ser feitas pelas partes, aqui estando compreendida a negociação levada a efeito entre o delegado de polícia, de um lado, e o investigado e o seu defensor, do outro, ou, se for o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado, acompanhado de seu defensor (art. 4º, § 6º).

Ajustado o acordo, em petição conjunta pedindo a sua homologação, deve ser encaminhado ao juízo o termo de colaboração, cabendo ao magistrado examinar a *regularidade, legalidade e voluntariedade*, sendo-lhe facultado, se entender pertinente, em caráter reservado ouvir o colaborador, na presença, unicamente, de seu defensor (art. 4º, § 7º).

O envio do termo de cooperação, portanto, é que, efetivamente, inaugura a participação do juiz na colaboração premiada, quando poderá recusar a homologação da proposta, caso verifique que as cláusulas não se confortam com os parâmetros legais. Antes das alterações promovidas pela Lei nº 13.964, de 2019, ao juiz era conferida a possibilidade de adequar as cláusulas negociadas entre as partes tendo em conta o caso concreto. No entanto, em obséquio ao sistema acusatório, com a nova redação emprestada ao § 8º do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013, o juiz não pode mais fazer esse tipo de intervenção. Caso o magistrado entenda que os termos do acordo não estão em consonância com os requisitos legais, não poderá mais promover os ajustes, devendo, nesse caso,

⁴¹⁴ BITAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 163.

recusar a homologação e determinar a devolução às partes, a fim de que elas próprias promovam as adequações necessárias.

Conquanto a previsão expressa tornando defesa a participação do juiz nas tratativas pertinentes ao acordo, a presença do juiz não é de todo descartada, pelo menos quanto ao início da negociação, porque, como a colaboração pode ocorrer em qualquer fase do processo, é possível que a proposta seja feita na própria audiência, embora, pelos mais diversos fatores, essa circunstância seja uma exceção, não a regra. Ademais, quando se verificar, na audiência, a possibilidade de ser firmado o acordo diante de proposta feita ou cogitada, devem as partes ser encaminhadas para local no qual possam ajustar os termos da negociação, sem a intervenção do juiz, a fim de não macular a sua participação no processo, especialmente porque, nesse caso, a tratativa será levada a efeito em momento processual que é da alçada do magistrado da instrução e julgamento.

De mais a mais, uma vez que geralmente o conhecimento prévio do conteúdo do depoimento do acusado é condição para que o Ministério Público formalize perante o juiz o pedido de colaboração premiada, tudo recomenda que o procedimento referente à coleta do conteúdo se dê extrajudicialmente.

Existe ainda expressa previsão normativa no sentido de que as partes podem, a qualquer tempo, pedir a retratação da proposta, restando explicitado que, nesse caso, “as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor” (art. 4º, § 10º, da Lei nº 12.850, de 2013).

A lei nada diz, porém, quanto às hipóteses nas quais pode ser feita a *retratação* relativa ao acordo de colaboração premiada. A leitura literal da norma jurídica em destaque dá a entender que não há necessidade de fundamentação e, ainda, que essa retratação não passa pelo crivo do Judiciário. Parece óbvia, porém, a necessidade de a retratação ser fundamentada por quem a manifestar, no escopo de permitir o seu exame, notadamente quando da lavra do Ministério Público, uma vez que, para todos os efeitos, ao aceitar a colaboração, o acusado o faz como estratégia de defesa, o que, para tanto, exige a renúncia expressa do direito ao silêncio, assumindo o compromisso legal de dizer a verdade (art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850, de 2013).

Se assim não for, o acusado pode ser levado a abrir mão de uma garantia constitucional da magnitude do direito ao silêncio, mas, mesmo tendo fornecido a sua colaboração, ficar à mercê, sem qualquer garantia, de eventual retratação do Ministério Público, mesmo que este não tenha nenhuma justificativa.

Afinal, como se disse, esses incentivos legais à confissão, independentemente de configurarem, ou não, colaboração premiada, possuem natureza de defesa. Em outros termos, estão compreendidos no âmbito do princípio magno da ampla defesa, cujo reconhecimento, após a formalização e concretização, não é razoável que fique ao talante da parte adversária, no caso, o Ministério Público. Até porque o acordo passa pelo crivo do Judiciário, mediante homologação, de modo que, para o desfazimento, há necessidade da modificação da decisão judicial, o que, é óbvio, só pode ser feito pelo juiz.

Há quem defenda a inconstitucionalidade da lei, na medida em que obriga o acusado a abrir mão do direito ao silêncio, previsto em pactos internacionais de direitos humanos e consagrado na Constituição de 1988⁴¹⁵, ao argumento de que os direitos fundamentais são irrenunciáveis. A questão necessita de algumas considerações. No nosso ambiente, o direito ao silêncio do acusado quando do seu interrogatório engloba não apenas o que ele fala a respeito de sua participação no crime em apuração como, igualmente, aos fatos que dizem respeito aos atos eventualmente praticado por terceiros, na qualidade de coautores ou copartícipes. Por conseguinte, a *interpretação conforme* do dispositivo impõe reconhecer que a renúncia ao direito ao silêncio se impõe pelo *dever de dizer a verdade* quanto ao comportamento criminoso da pessoa delatada e em

⁴¹⁵ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Delação premiada na “lava jato” está eivada de inconstitucionalidades**. Disponível em www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato. Acesso em: 20 mar. 2015.

relação aos terceiros que tenham, de alguma forma, participado da empreitada criminosa, de modo que o colaborador, para todos os efeitos, não está obrigado a confessar a sua participação. O que o colaborador não pode é *mentir* quanto aos fatos criminosos que ele atribui a terceiros, o que, aliás, é da essência mesmo da colaboração.

Essa interpretação alvitrada para o art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850, de 2013, mantém, a despeito do teor do preceito legal, incólume o *núcleo essencial* do direito ao silêncio. O problema é que o art. 3º-C, § 3º, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, se contrapõe a essa interpretação, na medida em que impõe ao colaborador a narrativa de “... todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados”. Esse dispositivo em foco tem o condão de exigir, por linhas transversas, como condição para a colaboração premiada, a efetiva *confissão* do colaborador. Acredita-se que, nessa parte, a norma em destaque se atrita, sim, com a cláusula do direito ao silêncio, pelo que deve ser reconhecido o seu vício de inconstitucionalidade, sendo contornado esse problema com a interpretação conforme sugerida.

Observe-se que, no item 9.5.2, supra, foi aqui afirmado que a questão em si da pertinência de o legislador ter elegido a renúncia ao direito do silêncio como condição para a formalização do acordo de colaboração premiada se trata de um *falso* problema, pois, na hipótese, não há propriamente renúncia, mas, sim, escolha entre exercer o direito de permanecer em silêncio, ou não, que pode ser alterada, até o momento em que ele for convocado para prestar o interrogatório. Isso sem prejuízo da possibilidade de que, mesmo depois de prestado o interrogatório, o acusado, a todo e qualquer tempo, ainda que após o trânsito em julgado, poder retificar o conteúdo de seu depoimento, tendo como consequência, apenas, a resilição ao acordo.

De qualquer sorte, o detalhe quanto ao alcance do dever de dizer a verdade pelo acusado, devido ao acordo de colaboração premiada é importante, a justificar a interpretação conforme aqui suscitada, no sentido de limitar o alcance da renúncia quanto ao exercício do direito ao silêncio. É próprio da condição humana a dificuldade em detalhar o seu comportamento ilícito. Mesmo no caso de confissão espontânea, é muito comum a omissão em relação a alguns aspectos do comportamento ilícito. Por isso mesmo, eventuais senões ou tergiversações do colaborador quanto aos atos criminosos por ele praticados, quando identificados, não devem ser suficientes para se entender pelo descumprimento da cláusula do acordo de colaboração premiada. O juiz deve ponderar essas circunstâncias com a colaboração em si prestada e levar em consideração que esse tipo de comportamento é inato à condição humana e exigir do agente que ele seja preciso em relação a todo o seu comportamento ilícito equivale a uma espécie de tortura psicológica.

Verifique-se que, tendo como linha de entendimento que a colaboração premiada representa, igualmente, exercício do direito de defesa, os benefícios propostos ao agente colaborador pelo Ministério Público, quando manifestada a aceitação e prestado o consequente depoimento, assumem a condição de direito subjetivo, de maneira que o magistrado, salvo situação excepcional, não deve deixar de homologar o acordo, máxime no cenário de um processo penal de modelo acusatório, no qual o *parquet* é o *dominus litis* da ação penal.

Na esteira desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento pelo plenário do Habeas Corpus nº 127.483/DF, relatado pelo Ministro Dias Toffoli⁴¹⁶, deixou assentado que “... os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concebendo a sanção premial estipulada legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.”, limitando-se a intervenção judicial “...a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador”.

Nesse aspecto, o legislador merece aplauso, porquanto deixou claro que o juiz só deverá recusar a homologação quando a proposta não atender aos requisitos legais – regularidade, voluntariedade e legalidade –, porém, não podendo mais, na sentença homologatória, promover alterações aos termos do acordo, a fim de adequá-los ao caso concreto (art. 4º, § 8º, da Lei nº 12.850, de 2013). Nos termos da alteração promovida pela Lei nº 13.964, de 2019, caso o juiz não

⁴¹⁶ Disponível em: stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666. Acesso em: 21 jan. 2018.

concorde com alguma cláusula a ponto de recusar a homologação, deverá devolver o termo de acordo para fins de ajustes pelas próprias partes.

Quanto aos contornos da legalidade, a ser patrulhada com a intervenção judicial, isso se dá no sentido de evitar que sejam impostas sanções não previstas em lei; por conseguinte, não há empecilho para que, no acordo, haja a previsão de situação mais benéfica para o acusado, que não esteja expressamente regradada em lei. No ponto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal⁴¹⁷, ao julgar o AgRg no Inq. Nº 4.405/DF, à unanimidade, em acórdão da lavra do Ministro Roberto Barroso, esclareceu que “O princípio da legalidade veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado”, daí por que “.. não viola o princípio da legalidade a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o acusado”.

Quanto a esse tema, em interessante trabalho, Daniel Diniz Barreto⁴¹⁸ apresenta cinco argumentos que justificam o entendimento quanto à possibilidade da previsão de benefícios não previstos em lei na colaboração premiada, classificando-os como sendo de ordem (a) sistêmica; (b) conjuntural; (c) pragmática; (d) normativa; e (e) lógica. Em síntese, Daniel Diniz fundamenta o seu pensamento com suporte no sistema acusatório e na previsão expressa de o Ministério Público poder propor até mesmo a imunidade, tese que se mostra pertinente e irrefutável e, aliás, conforme vimos, está em consonância com precedente da Suprema Corte.

Acontece que o inciso II incluído no § 7º do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013, deixou expresso que são consideradas nulas as cláusulas inseridas em acordo de colaboração premiada que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento da pena, as regras dos regimes de cumprimento de pena e os requisitos de progressão, salvo a previsão do § 5º do mesmo dispositivo legal, que autoriza, em caso de colaboração posterior à sentença condenatória, que a negociação tenha como objeto a redução até a metade da pena ou a admissão da progressão mesmo que não atendidos os requisitos objetivos.

Essa vedação normativa não guarda coerência lógica. Ora, na negociação, pode ser estabelecido como prêmio a substituição da pena privativa de liberdade, independentemente de sua quantidade, por restritivas de direito e, até mesmo, o perdão judicial, o que são um *plus* em relação ao regime inicial de cumprimento da pena ou a antecipação do lapso temporal para a progressão de regime.

No que pertine à voluntariedade, eleita como requisito para a validade da colaboração premiada, e que há de ser analisado pelo juiz no momento da homologação do acordo, há divergência quanto a sua observância, nas hipóteses em que a negociação se dá quando o acusado está encarcerado. Isso ocorreu em algumas oportunidades na chamada *Operação Lava Jato*. Aqui cabe observar, de pronto, que o legislador não elege como requisito a *espontaneidade*, mas, sim, a *voluntariedade*. Esse detalhe é bem explorado por Cibele Benevides⁴¹⁹, ao salientar que o acordo de colaboração tem não apenas benefícios quanto aos custos, de modo que o acusado vai firmá-lo “... desde que isso valha a pena”. Em outras palavras, o acusado só vai estar estimulado a convolar o acordo se e quando a situação dele no processo não for de todo favorável, especialmente quanto à existência de provas incriminatórias.

Esse é o pensamento de Thamy Medeiros da Costa⁴²⁰, ao asseverar que a colaboração “... somente se torna uma boa alternativa para o investigado quando se encontra em uma situação difícil, não sendo usual que a prática de atos dessa espécie ocorra quando inexistentes boas provas contra ele ou motivos para acreditar na eficácia da persecução penal.” Conquanto Thamy Medeiros⁴²¹ reconheça que a prisão seja circunstância que *incentiva* a colaboração, argumenta que

⁴¹⁷ Disponível em: stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595597. Acesso em: 21 jan. 2019.

⁴¹⁸ Limites negociais do sistema criminal brasileiro: um estudo a partir da colaboração premiada. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

⁴¹⁹ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 215.

⁴²⁰ **Colaboração premiada: a validade do acordo firmado com o agente preso preventivamente**. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018, p. 60.

⁴²¹ Idem, p. 47.

“... parece ser discutível a ideia de que o ‘fator encarceramento’ detenha coercibilidade apta a suprimir a liberdade volitiva do investigado ou imputado, pois estaria partindo da conjectura de que indivíduos – até mesmo do alto escalão da sociedade – optariam por colaborar, assumindo crimes e/ou imputando-lhes a outros indivíduos, apenas movidos pelo desejo de reaver a liberdade”.

O que obviamente não se aceita é que a prisão processual seja decretada como estratégia para forçar a colaboração premiada, até porque a prisão, seja temporária, seja preventiva, exige que a decretação ocorra em conformidade com as hipóteses previstas em lei, ademais de só ser cabível quando não se mostrar adequada e suficiente a imposição de medidas diversas da prisão.

Esses incentivos à confissão e à colaboração não se atrimam com a natureza defensiva do interrogatório, muito pelo contrário, com ela se harmonizam. Ao fazer a comunicação de que o acusado detém o direito ao silêncio como estratégia de defesa, o juiz deve informá-lo, ainda, dos benefícios que ele pode usufruir com a sua eventual colaboração na persecução criminal. Aliás, essa postura do juiz concretiza o disposto no artigo 5º, LXIII, da Constituição, porquanto o diploma expressa que o preso – a jurisprudência e a doutrina majoritárias sufragaram o entendimento de que a expressão preso abrange toda e qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito – será “informado de seus direitos, entres os quais o de permanecer calado”, o que indica que outros direitos, previstos no sistema normativo, devem ser cientificados ao agente, dentre os quais se insere a colaboração premiada, que, se for o caso, pode trazer como consequência, até mesmo, a extinção da punibilidade, hipótese na qual a sentença possui natureza jurídica absolutória.

Não se há de negar que, no instante em que o acusado está cooperando, ele está, igualmente, exercendo a sua defesa, pois a *efetividade e eficiência* da defesa não se confundem com a tese de exculpação ou de negativa de autoria, podendo, em muitos casos, ser exercida apenas no sentido de que, na condenação, o juiz leve em consideração circunstâncias determinantes para a aplicação de pena menos grave (reconhecimento de circunstâncias judiciais, atenuantes e de causas de diminuição de pena, de concurso formal ou de crime continuado etc.), de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou de aplicação do perdão judicial.

Nesse particular, muito já se discutiu na doutrina quanto à natureza jurídica do perdão judicial. Para uma corrente, ela era (1) declaratória de extinção da punibilidade, para outra (2) condenatória com todos os efeitos secundários e, por fim, para uma terceira, (3) ela era absolutória. Para dirimir essa divergência, na reforma da parte geral do Código Penal, implementada em 1984, o legislador situou o perdão judicial como umas das causas de extinção de punibilidade (art. 107, IX). Ainda assim, diante da persistência de dúvidas, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 18, com a qual esclareceu que “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

Com a Reforma Tópica implementada em 2008 essa questão ganhou colorido todo especial, pois, a partir daí a sentença que reconhece o perdão judicial, por se tratar de causa extintiva de punibilidade, passou a possuir natureza absolutória (art. 397, IV, do CPP).

Quando a sentença concessiva do perdão judicial ostentava apenas natureza declaratória de extinção da punibilidade, sem que daí resultasse qualquer reflexo penal, seja em relação à primariedade, seja aos efeitos civis, o caráter defensivo desses incentivos legais à confissão estava evidenciado, daí por que não havia de se pensar em desarmonia desses institutos em relação ao direito ao silêncio. Agora, após a Reforma Tópica de 2008, com mais razão ainda, pois, para todos os efeitos, a sentença, nesse caso, possui natureza absolutória.

Como se pode observar, não é mera retórica a afirmativa de que a colaboração premiada, ademais de ser meio de obtenção de prova, se trata de direito que se incorpora ao princípio da ampla defesa, por conferir ao acusado a oportunidade, até mesmo, de não ser denunciado ou de receber o perdão, afora os outros benefícios previstos, que podem importar na redução da pena ou no cumprimento da sanção imposta na sentença integralmente por meio de penas alternativas. A questão é que, se se trata igualmente de um direito, o que fazer quando o Ministério Público não se interessa em propor ou formalizar o acordo?

Creemos que essa é uma questão que deveria ser resolvida pelo legislador. Assim como é prevista em norma jurídica que a *confissão espontânea* caracteriza hipótese de atenuante a ser levada em consideração pelo juiz na primeira fase da dosimetria da pena, o legislador poderia prescrever a colaboração efetiva do acusado, ainda que realizada sem acordo formalizado com o Ministério Público, como hipótese de causa de diminuição da pena ou de circunstância a autorizar a fixação na sentença do cumprimento da sanção por meio de penas alternativas.

Acredita-se que essa solução normativa serviria para delimitar os poderes do Ministério Público, na medida em que não é saudável para o sistema jurídico permitir que o *parquet* reúna em suas mãos o *poder decisório* sobre a matéria. De outra banda, deixando que o caso seja analisado concretamente pelo juiz, quando da prolação da sentença, o assunto poderia ser objeto de revisão pelas instâncias recursais, sem falar que teria o condão de estimular, ainda mais, a colaboração quanto à solução do problema penal, que é um *interesse público*, nos termos do art. 144, caput, da Constituição, na medida em que a segurança pública, para além de um *dever do Estado*, é bem jurídico alçado à categoria de direito fundamental (art. 5º, caput) que é da *responsabilidade de todos*, inclusive de quem daqueles que praticam crimes.

Uma última nota a respeito do tema há de ser feita. Tem-se feito muitas críticas ao instituto da colaboração premiada, ao argumento de que isso pode levar à impunidade do agente que mentir ou que, em seguida, volte a praticar crimes. Essa visão é um erro de perspectiva e advém da circunstância de o legislador não ter deixado claro como deve o juiz proceder na sentença em que aplica os benefícios da colaboração premiada.

Para todos efeitos, quando feita a colaboração, o juiz deve proferir, se for o caso, a sentença condenatória, fixando a pena que seria a adequada para, na sequência, fazer a substituição pela sanção negociada em razão da colaboração premiada, deixando consignado que, caso não cumprida qualquer cláusula do acordo, ocorrerá a *reconversão da pena aplicada*. Assim, na hipótese de o agente deixar de cumprir as cláusulas do acordo, da mesma forma como ocorre quando da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, ele terá de cumprir a sanção que havia sido substituída em razão da validade do acordo.

Em certa medida, o legislador, com a Lei nº 13.964, de 2019, teve a preocupação de reparar esse erro, com a inclusão na Lei nº 12.850, de 2013, do § 7º-A no art. 4º. Com efeito, no dispositivo em foco está plasmado que o juiz deve examinar o mérito da pretensão acusatória veiculada na denúncia, "... do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal, antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 5º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença".

Como se nota, a redação é canhestra e não está clara. A necessidade de o juiz examinar o mérito da pretensão acusatória decorre do fato de a colaboração premiada não se confundir com o instituto do *plea bargain*, porquanto não há assunção de culpa da parte do colaborador. Cuida-se, de *cooperation agreement*⁴²². O colaborador assume o compromisso de auxiliar a persecução criminal, no entanto, mesmo que ele confesse a prática do crime, de mister a reunião de provas suficientes quanto a sua responsabilidade penal para que o juiz esteja autorizado a proferir sentença condenatória mais leve (*sentence bargaining*).

Malgrado o que foi expandido, o legislador ainda salientou a possibilidade de a negociação abranger a renúncia do Ministério Público em relação ao oferecimento da denúncia, estabelecendo como requisitos específicos a circunstância de o agente beneficiado não ser o (a) líder da organização criminosa e (b) ser o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos da lei (art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850). Como se observa, essa é uma situação extrema, que deve ser utilizada com bastante comedimento pelo Ministério Público, sob pena de levar à impunidade.

Ademais, o legislador não explicitou como é que se daria essa renúncia à ação penal por parte do Ministério Público. Contudo, como os termos da colaboração são submetidos ao crivo do

⁴²² Cf. item 5.1.1.4, supra.

Judiciário, naturalmente que a chancela judicial é o bastante para a perfectibilização do acordo, não havendo necessidade de outra providência. O que é importante é que conste da decisão judicial homologatória a ressalva quanto à existência de cláusula resolutiva para a hipótese de ser descumprido o acordo firmado com base no qual o Ministério Público tenha renunciado ao exercício da ação penal. Essa renúncia à ação penal, portanto, é sob condições, ou seja, desde que o agente, antes da prescrição do crime, cumpra as condições estabelecidas no acordo. Assim, nesses casos, a extinção de punibilidade gera, apenas, coisa julgada formal, podendo o Ministério Público, caso o agente não cumpra as cláusulas do acordo da colaboração premiada e desde que não prescrito o crime, oferecer a denúncia. Nessa hipótese, assim como já salientado, a renúncia quanto ao oferecimento da denúncia se assemelha ao acordo de não persecução penal.

Pena ter faltado ao legislador uma visão sistêmica, a fim de preceituar, assim como estabelecido expressamente para a hipótese do acordo de não persecução penal (inciso IV do art. 116 do CP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), que a colaboração premiada na qual negociada a renúncia ao ajuizamento da denúncia também tem o condão de suspender a fluência do prazo prescricional.

5.1.1.4.3. Acordo de Não Persecução Penal – ANPP

Examinada a mudança do modelo de Código de Processo Penal misto/inquisitivo para o acusatório, com paulatina incorporação de institutos próprios do sistema adversarial americano, nos itens seguintes será analisada a forma como o Acordo de Não Persecução Penal foi concebido em nosso ordenamento jurídico, identificando o conceito, os requisitos e as condições exigidas para a realização desse negócio jurídico, assim como serão pinçadas as vedações elencadas em pela lei e as condições admissíveis de serem impostas na qualidade de medidas restritivas.

O nosso sistema jurídico, acompanhando o Direito Comparado, tem caminhado no sentido de tergiversar com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, a fim de, em determinados casos, o Ministério Público deixar de oferecê-la.

Como visto, a renúncia ao ajuizamento da denúncia podia ocorrer tanto na transação quanto na colaboração premiada, na hipótese do 4º, § 4, da Lei nº 12.850, de 2013.

Ademais, mesmo à míngua de previsão em lei, parte da doutrina entendia que o Ministério Público, por meio do Conselho Nacional do Ministério Público, seu órgão estratégico, na qualidade de *dominus litis*, poderia e deveria estabelecer diretrizes a serem seguidas pelos seus membros quanto a encontrar, em determinadas situações, soluções diferentes do ajuizamento da ação penal, a fim de conferir tratamento ao *problema penal* de um modo *consensual*.

Iniciativa desse jaez veio a lume com a Resolução nº 181, de 2017, do CNMP, instrumento inadequado, na medida em que tratou de matéria reservada a disciplina por lei.

De qualquer sorte, os bons resultados com a aplicação do acordo de não persecução penal levado a efeito à míngua de previsão legal, animaram o legislador a adotar essa solução para os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, por meio da edição da Lei nº 13.964, de 2019, ao enxertar o art. 28-A no Código de Processo Penal. No Pacote Anticrime a pretensão era de ir além, a fim de implantar o efetivo *plea guilty*, com a inserção no CPP do art. 395-A, mas o Parlamento rechaçou essa pretensão.

O ANPP tem como paradigma o *Non-Prosecution Agreement (NPA)*⁴²³. Esse tipo de ajuste, nos Estados Unidos, é realizado sem a participação do Judiciário, exigindo-se do agente a

⁴²³ Esse instituto foi incorporado ao sistema alemão, com a inclusão do §153^a no StPO-BRD, em 1974, o qual permite que o Ministério Público deixe de ajuizar a ação penal, em troca do compromisso do autor do crime de cumprir determinadas condições, dentre elas efetuar doações a organizações de caridade ou trabalhar como voluntário em entidades de igual natureza (RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. Kindle. New York: Routledge, 2012, p. 73).

assunção de culpa, com a consequente aplicação de pena⁴²⁴. No entanto, acertadamente, o ANPP foi introduzido em nosso meio sem a exigência da *declaração de culpa* pelo autor do crime, cuidando-se do passo mais decisivo no sentido de adotar em nosso meio a justiça criminal negocial, assemelhando-se, e muito, com o *plea bargain*, pois impõe ao investigado a *confissão formal e circunstancial do crime*, requisito que não consta de nenhum outro instituto negocial até então incluído no sistema normativo nacional.

Diante da dicção normativa, pode-se afirmar que o ANPP é negócio jurídico processual, firmado na fase pré-processual entre o Ministério Público e a defesa do investigado, no qual fica acertado o não ajuizamento da denúncia, em troca do compromisso do investigado de fazer a confissão formal e circunstancial da prática do delito e de cumprir as condições pactuadas nos termos dos incisos do art. 28-A do CPP, sendo necessária, para surtir efeitos, a homologação pelo juiz, tendo o condão de extinguir a punibilidade, caso durante o espaço temporal estipulado sejam adimplidas as cláusulas acordadas.

De toda sorte, como veremos mais adiante, diferentemente do direito norte-americano, a despeito dessa confissão formal, com o ANPP não há aplicação de pena, razão pela qual, caso não cumpridas as cláusulas, a consequência é o ajuizamento da respectiva ação penal, assim como ocorro com a transação.

O detalhe significativo é a possibilidade, nos termos da Lei nº 13.964, de 2019, da formalização do ANPP em todo e qualquer delito cuja *pena mínima* seja inferior a quatro anos, desde que não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

O requisito referente à pena chama a atenção, pois, conforme a nossa política legislativa, considerável parte dos crimes sem violência ou grave ameaça tem pena mínima estipulada em um, dois ou três anos, ou seja, inferior a quatro anos. Para se ter ideia do que esse patamar eleito pelo legislador representa, todos os crimes patrimoniais, sem violência ou grave ameaça, possuem pena mínima inferior a quatro anos. O mesmo se verifica em relação aos crimes contra a administração pública, tributários e de licitação.

À primeira vista, teria havido incongruência da parte do legislador do denominado *Pacote Anticrime*, pois a ideia nele embutida seria a de endurecer as regras quanto à criminalidade violenta, à corrupção e às organizações criminosas.

Acontece, contudo, ser frequente crimes contra a administração, mesmo os tipificados como corrupção e peculato, que não são de gravidade maior, porquanto praticados em razão de situação especial ou momento de maior fragilidade financeira do agente. Claro que, quando se tratar de crimes de corrupção mais graves ou qualquer outro praticado contra a administração, em concurso material com lavagem de dinheiro e crime organizado, por exemplo, o ANPP não se mostra adequado.

A despeito da consideração acima, há de se observar que, ademais do requisito objetivo consistente no fato de a pena mínima ser inferior a 4 (quatro) anos e de não ter sido perpetrado com violência ou grave ameaça à pessoa, reclama-se para a realização do ANPP a necessidade de o investigado atender aos requisitos subjetivos, examinados adiante, no próximo item.

A fim de conferir uma visão mais clara como o ANPP poderá passar a ser a regra no modo de resolução dos crimes não violentos, cabe pontuar os ilícitos previstos no Código Penal que, em tese, admitem o ANPP:

(a) Crimes contra a honra: todos.

(b) Crimes contra o patrimônio: (b1) furto, do art. 155, caput, §§ 1º a 4º, § 5º e 6º; (b2) dano: todos; (b3) apropriação indébita: todos; (b4) estelionato e outras fraudes: todos; (b5) receptação.

(c) Crimes contra a propriedade intelectual: todos.

⁴²⁴ ODUOR, Jacinta Anyango, et al. *Lef out of the bargain*: settlements in foreign bribery cases and implications for asset recovery. Washington, 2014.

- (d) **Crimes contra a organização do trabalho:** todos.
- (e) **Crime de promoção de migração ilegal:** art. 232-A, caput, §§ 1º e 2º.
- (f) **Crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica:** art. 282.
- (g) **crimes contra a paz pública:** associação criminosa, art. 288, caput.
- (h) **Crimes contra a fé pública:** (h1) moeda falsa, todas as modalidades; (h2) falsidade de títulos e outros papéis públicos: todos, do art. 293 ao 311.
- (i) **Crimes contra a administração pública:** todos, do art. 312 ao 359, exceto o Capítulo II-B, incluído pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.
- (j) **Crimes em licitações e contratos administrativos:** (j1) patrocínio de contratação indevida (art. 337-G); (j2) perturbação de processo licitatório (art. 337-I); (j3) violação de sigilo em licitação (art. 337-J); (j4) afastamento de licitante (art. 337-K); contratação inidônea (art. 337-M); (j5) impedimento indevido (art. 337-N); e (j6) omissão grave de dado ou de informação por projetista (art. 337-O, caput).
- No mesmo sentido, os seguintes crimes previstos em leis especiais comportam, em tese, a solução do problema criminal por meio do ANPP:
- (a) **Decreto-Lei 201, de 1967 (Crimes de responsabilidade de prefeito):** todos os crimes.
- (b) **Lei 7.492, de 1986 (Crimes contra o sistema financeiro):** todos.
- (c) **Lei 8.069, de 1990 (Estatuto da criança e do adolescente):** art. 241-A a 241-E; 242 a 244-B.
- (d) **Lei 8.137, de 1990 (Crimes contra a ordem tributária):** todos.
- (e) **Lei 9.605, de 1998 (Crimes ambientais):** todos.
- (f) **Lei 9.613, de 1998 (Crime de lavagem de dinheiro):** art. 1º, caput e §§ 1º a 4º.
- (g) **Lei 10.826, de 2003 (Estatuto do desarmamento):** art. 12 ao 16, caput e § 1º.
- (h) **Lei 11.343, de 2006 (Lei de Drogas):** art. 33, §§ 2º e 4º; art. 34; art. 35; art. 37 a 39.

O exposto acima evidencia que o ANPP, em pouco tempo, pode se apresentar como instrumento de transformação sem precedentes da justiça criminal. É provável, em futuro próximo, a resolução da expressa maioria dos casos criminais por meio do ANPP – assim como acontece no sistema estadunidense, no qual mais de 90% (noventa por cento) dos delitos são resolvidos com o *plea bargain* –, reservando-se as audiências de instrução e julgamento apenas para os crimes de alta gravidade ou cometidos com violência ou grave ameaça.

Cabe observar que, na vigência da Lei nº 8.666, de 1993, em todos os crimes de licitação era cabível o ANPP. O legislador, no entanto, ao revogar a lei em referência por meio da Lei nº 14.133, de 2021, exatamente para evitar a aplicação do ANPP, ao tempo em que levou todos os crimes de licitação para Código Penal, criando o Capítulo II-B, e nele inserindo os crimes em licitações e contratos administrativos do art. 337-E ao art. 337-), aumentou as penas mínimas de diversos desses ilícitos para 4 (quatro) anos.

Espera-se que o legislador não passe a perfilhar essa linha como política criminal, no sentido de elevar as penas mínimas dos crimes para evitar a ampla aplicação do ANPP.

5.1.1.4.3.1. Requisitos do ANPP

Com desenganado acerto, no art. 28-A, caput, do CPP, ficou consignado que o instituto do ANPP se aplica aos crimes cuja *pena mínima* seja inferior a quatro anos. Constam ainda três outros requisitos, quais sejam, que não seja caso de arquivamento, a conduta não tenha sido praticada com violência ou grave ameaça e, por fim, o agente faça a *confissão formal e circunstancial* da conduta ilícita.

São quatro, portanto, os requisitos: (a) não seja caso de arquivamento; (b) pena mínima seja inferior a quatro anos; (c) tratar-se de crime praticado sem violência ou grave ameaça; e (c) confissão formal e circunstancial.

O ANPP se assemelha à transação e à colaboração premiada, esta quando ocorre a renúncia ao direito de ação. E difere, substancialmente da suspensão condicional do processo, exatamente em razão de o ajuste ser anterior ao ajuizamento da ação penal.

Resta claro que, teoricamente, o ANPP é instituto mais favorável para o agente que praticou a conduta quando comparado à suspensão condicional do processo. Isso porque com o ANPP sequer é oferecida a ação criminal. Portanto, o autor do crime não adquire, tecnicamente, a condição de *acusado ou réu* nem precisará apresentar a resposta, de modo que a solução do problema penal é mais rápida e simplificada do que no caso da suspensão condicional do processo.

De qualquer sorte, para o ANPP é imprescindível a verificação da existência da *justa causa* para o oferecimento da ação penal, ou seja, a presença dos elementos probatórios referentes à materialidade e aos indícios de autoria. Por isso mesmo, acertadamente, o legislador deixou claro que, sendo *caso de arquivamento* dos autos de investigação, não se há de falar em realização do acordo (art. 28-A, caput, primeira parte, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Aqui um detalhe importante. O legislador, corretamente, nomina o agente de *investigado*, porquanto é nessa condição jurídica que o autor do crime negocia com o MP.

Há uma aparente superposição do ANPP em relação à suspensão condicional do processo. Ora, se o primeiro é cabível em todos os casos nos quais a *pena mínima é inferior a quatro anos*, enquanto a suspensão condicional do processo pode ocorrer na quando a *pena mínima não é superior a um ano*, a exame perfunctório, todas as vezes em que for cabível esta, será cabível aquele.

Acontece que o ANPP, além da quantidade da pena, contém dois requisitos a mais – *não ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa e a confissão formal e circunstancial do crime* – que não constam para a suspensão condicional do processo.

Por isso mesmo, a suspensão condicional do processo é cabível, por exemplo, na lesão corporal do art. 129, caput e § 1º; na rixa do art. 137; no constrangimento ilegal do art. 146; e no sequestro e cárcere privado do art. 148, caput, todos do Código Penal.

Os crimes mencionados acima, porém, não comportam o ANPP, em razão de serem cometidos com violência ou grave ameaça. De qualquer sorte, quanto a essa ressalva em relação aos crimes praticados com violência, uma observação se impõe. Há de se fazer a distinção entre *crimes praticados por meio de conduta violenta* e os *crimes com resultado violento*, como são os casos de crimes de lesão corporal e homicídio culposos. Nessas hipóteses, apresenta-se correto o entendimento quanto à possibilidade de aplicação do ANPP. Cabe lembrar que nos casos de crimes culposos é admissível, inclusive, o *perdão judicial*.

Por outro lado, é possível que o investigado, em um crime de estelionato, orientado por seu advogado, recuse o acordo de não persecução criminal, mas, após o ajuizamento da ação penal, aceite a suspensão condicional do processo, uma vez que para esse ajuste não é exigida a confissão formal e circunstancial.

O legislador cuidou de evitar discussão jurídica quanto à incidência das causas de aumento ou de diminuição na pena mínima para fins de verificação da admissibilidade do ANPP. No ponto, conforme preceitua o art. 28-A, § 1º, do CPP, “Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto”. Andou bem em tratar da questão, no propósito de evitar debates mais acirrados na doutrina e na jurisprudência.

Pena não ter sido claro o suficiente, ficando circunscrito, basicamente, a esclarecer o óbvio, deixando, no entanto, de se debruçar sobre duas questões.

A primeira diz respeito à hipótese de concurso material, que não é causa de aumento. Nesse caso, deve ser realizado o cálculo da pena mínima somando as penas mínimas dos crimes praticados em concurso?

A lei não define essa situação, mas a tendência vai ser aplicar, *mutatis mutandis*, a orientação da Súmula 243 do STJ:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima

cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

Dessa forma, sendo dois crimes, deve ser feita a soma das duas penas mínimas, a fim de verificar se o resultado fica aquém de quatro anos.

A segunda diz respeito à fração da causa de aumento ou de diminuição. Como se sabe, de regra, as causas de aumento ou de diminuição possuem um mínimo e um máximo. Nesse caso, qual causa de aumento ou de diminuição deve ser levada em consideração para fins do cálculo?

No escopo de solucionar a questão, deve-se partir da premissa de que o legislador tomou como parâmetro para permitir o acordo a *pena mínima, não a máxima*. Logo, se a causa de aumento é variável, por exemplo, entre 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), o exegeta deve ter em conta o *acréscimo mínimo*.

Na mesma linha de raciocínio, ao se tratar de *causa de diminuição variável*, deve-se aplicar o maior percentual, com a finalidade de se levar em consideração o *decréscimo máximo* para fins de verificar se a quantidade da pena mínima fica inferior a 4 (quatro) anos.

Em relação a essa segunda questão, é inteiramente aplicável o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 723 quanto à forma de cálculo da pena mínima para aplicação da suspensão condicional do processo, na hipótese da existência de causa de aumento, cujo enunciado é o seguinte: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.

Isto é, toma-se como parâmetro o aumento mínimo da causa de aumento. Por imperativo de ordem lógica, quando for causa de diminuição, aplica-se no cálculo o percentual máximo de decréscimo.

Finalizando, o último requisito é a exigência da *confissão formal e circunstancial* da prática do crime. Sem embargo de ser discutível essa exigência, não se sabe efetivamente qual a sua finalidade. Isso porque, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, essa confissão não se trata de *assunção ou reconhecimento de culpa*. Não representa um *plea guilty*, consoante restou consignado acima.

Não se nega o fato de essa circunstância da exigência da confissão poder até, em exame perfunctório, fomentar a ideia de que com o ANPP se aplica uma pena, como se o autor do crime condenado fosse. Mas, tal como já salientado acima, disso não se trata.

A situação é similar ao que acontece na transação ou na suspensão condicional do processo. As condições estabelecidas se apresentam como *medidas restritivas* tão somente. Tanto não constituem *pena ou sanção* que, para todos os efeitos, com o ANPP, o Ministério Público sequer oferece a denúncia, razão pela qual, nos termos do § 12 do art. 28-A do CPP, “A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo”.

Diante do expendido, o acordo em causa tem como efeito, apenas, impedir novo ajuste de igual natureza, no prazo de 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, não alterando a condição de primário do agente que convola esse tipo de ajuste.

Nem se diga que a petição expondo esse tipo de acordo faz as vezes de uma espécie de *ação penal consensual*. Decididamente, não é disso que se cuida. Note-se, em reforço ao aqui defendido, o fato de o legislador ter usado a palavra *investigado* para identificar um dos sujeitos do ANPP, ao lado do Ministério Público.

O legislador certamente utilizou a expressão *investigado* para confundir com o *autor do fato, nomen juris* de quem responde a crime de menor potencial ofensivo, antes do oferecimento da acusação. Se o legislador utilizou a palavra *investigado*, certamente foi porque, para todos os efeitos, com o ANPP, o autor do crime sequer chega a assumir a condição jurídica de *réu* ou *acusado*.

Se dúvida ainda existe a esse respeito, o § 1º do art. 28-A do CPP definitivamente resolve a *vexata quaestio*. Ali está dito que, “Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão

e posterior oferecimento da denúncia”. Portanto, o legislador foi bastante claro sobre esse ponto, ressaltando que o acordo não impõe pena, ainda que restritiva de direitos, mas apenas *medidas restritivas*.

Tendo em consideração essa conclusão, uma pergunta não quer calar: Qual seria a serventia da confissão? A exigência da confissão do investigado pode ser justificada com suporte na doutrina segundo a qual o reconhecimento da culpa e do erro cometido constitui instrumento importante para a pessoa redirecionar o seu comportamento, servindo para revelar a disposição em cumprir as condições impostas e de não voltar a praticar a conduta ilícita.

No ponto, o legislador foi guiado pela ideia da *justiça restaurativa*, que tem como paradigma, para além do ressarcimento de danos em todos os seus aspectos, a assunção de responsabilidade pelo infrator, mediante o reconhecimento dos seus malfeitos e a necessidade de adequar o seu comportamento de modo a não causar danos às outras pessoas⁴²⁵.

Outro argumento em prol da exigência da confissão é que a intenção teria sido evitar a formalização do acordo quando o investigado for *inocente*. Na lógica, a confissão como condição tem como consectário lógico que o investigado não irá convolar o ANPP, pois não irá confessar aquilo que não fez.

Todavia, pode ser que o investigado, mesmo inocente, queira fazer o acordo porque pretende se livrar, rapidamente, do problema gerado pela mera existência do processo criminal, de modo que, mesmo inocente, ele pode ser induzido a confessar a prática do crime.

E aqui uma contradição. Encarado o ANPP sob a justificativa de que seria uma forma de evitar que o inocente não seja submetido ao acordo, o sistema apresentaria uma solução negociada para o *culpado*, enquanto o *inocente* não poderia dispor dessa alternativa, senão enfrentar o processo. Isso não parece razoável e, sob esse viés, poder-se-ia sustentar a inconstitucionalidade do preceito legal que impõe a confissão formal e circunstancial como condição para o ANPP.

Acontece que, também faz parte do mundo real, a circunstância de o agente ser levado a cumprir medida alternativa, pena alternativa ou mesmo prisão, ainda quando inocente. É razoável defender que o investigado, em uma análise econômica, social ou pessoal, tenha a opção, mesmo sendo inocente, de concordar com o ANPP por entender mais vantajoso se livrar logo do processo, evitar o pagamento de honorários advocatícios mais caros e a maior rapidez em poder obter certidão negativa, dentre outras vantagens, a exemplo dos desgastes psicológicos de um a demanda judicial que se protraí no tempo.

Mas há ainda outra questão a respeito da confissão. Tudo indica que o legislador tinha a intenção de deixar escrito confissão *circunstanciada* como um dos requisitos objetivos para o ANPP. Aliás, era assim que constava da redação do art. 18 da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 181, de 2017. Na redação originária da norma, constava, como condição para o ANPP, “... desde que este (investigado) confesse formal e *detalhadamente*...”. Com a modificação promovida pela Resolução do CNMP nº 183, de 2018, passou a ser exigida a circunstância de o investigado ter “... confessado formal e *circunstanciadamente*...”

Acontece que, quando da feitura do art. 28-A, foi estabelecido como condição o fato de o investigado ter “... confessado formal e *circunstancialmente*...”. *Confessar circunstancialmente* não se confunde com a exigência de *confessar circunstanciadamente*. No léxico, *circunstancial* é algo esporádico, disperso, casual, eventual etc. não é a mesma coisa de *circunstanciada*, que quer dizer coisa detalhada, minuciosa, pormenorizada etc.

O detalhe acima, portanto, não é irrelevante. A expressão *confissão circunstancial*, escolhida consciente ou inconscientemente pelo legislador, permite a interpretação de que o legislador não estabelece como condição o investigado assumir a conduta que lhe é atribuída na apuração dos fatos, mas sim que ele não tenha a intenção de discutir essa questão no processo judicial, como uma espécie de *no contest* ou *nolo contendere*, do sistema americano.

⁴²⁵ Sobre a justiça restaurativa, ZEHR, Howard. **The little book of restorative justice**. New York: Good Books, 2014; ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

5.1.1.4.3.2. Condições ou medidas restritivas impostas no ANPP

Conforme visto acima, são requisitos para o ANPP a circunstância de não ser caso para o arquivamento da investigação, o crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça, a pena mínima ser inferior a quatro anos e o investigado ter feito a confissão formal e circunstancialmente do crime, consoante plasmado nas duas primeiras partes do caput do art. 28-A do CPP.

Ademais disso, a parte final do dispositivo em referência preceitua as condições listadas nos incisos I a V, que podem ser estabelecidas no acordo. Em verdade, essas condições são as chamadas *medidas alternativas ou restritivas*, conforme explicitado no item 1.3, supra.

De acordo com a parte final do caput e os incisos do art. 28-A do CPP, o investigado tem de assumir o compromisso de cumprir, cumulativa ou alternativamente, as seguintes condições:

- (a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- (b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- (c) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal;
- (d) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;
- e
- (e) cumprir, por prazo determinado, outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Vamos examinar, uma a uma, essas condições, que possuem a natureza jurídica de medidas restritivas.

I – Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo.

Tratando-se de crime que ocasiona dano material e mesmo moral, deve constar como cláusula do acordo a reparação do dano ou a restituição da coisa. A reparação do dano também é de praxe na transação penal e na suspensão condicional do processo (respectivamente, arts. 74 e 89, § 1º, I, da Lei 9.099, de 1995) e é um dos fundamentos da justiça restaurativa.

A intenção do legislador é a de equacionar não apenas o problema penal como igualmente o cível. Tendo em conta que o ANPP é cabível em crimes como furto, dano, apropriação indébita, estelionato, fraudes em geral, receptação etc., essa é uma cláusula fundamental nesses casos.

II – Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.

Essa medida se apresenta indispensável no ANPP, quando se cuida de acordo realizado em crimes como moeda falsa, peculato, corrupção, contrabando, descaminho, crime de responsabilidade de prefeito etc. A perda de bens e valores também é cláusula prevista para a transação penal (art. 74, caput, da Lei nº 9.099, de 1995, c/c o art. 43, II, do CP) e para a suspensão condicional do processo (art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099, de 1995)

Essa é uma forma de recuperação do patrimônio da entidade pública e de coibir o locupletamento ilícito, cláusula que sempre consta quando se trata de colaboração premiada.

Não sendo possível a recuperação total de eventual valor desviado, o ajuste pode se conter no ressarcimento parcial, em consonância com o art. 4º, IV, da Lei nº 12.850, de 2013.

Essa condição também é essencial na prática restaurativa, como forma de o agente assumir a responsabilidade quanto o comportamento desviante objeto da investigação.

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal.

Expressamente, o legislador previu a inclusão, dentre as cláusulas do acordo, da obrigação de o investigado cumprir a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, disciplinada no art. 46 do Código Penal.

No ponto, assim como já ressaltado, vale atentar para o fato de, nesse caso, a prestação de serviços, assim como acontece quando imposta na transação ou na suspensão condicional do processo, não possuir natureza jurídica de pena, senão de medida restritiva de direitos, nos termos da explicação realizada no item 1.3, supra.

IV – Pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

Mais uma vez, o legislador possibilitou a utilização de uma espécie de *pena alternativa* sob a modalidade de *medida restritiva*. Esse tipo de cláusula é salutar e muito utilizado tanto na transação quanto na suspensão condicional do processo – em relação a este instituto mercê da abertura contemplada no § 2º do art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995.

V – Cumprir, por prazo determinado, outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

O legislador, assim como já tinha feito em relação à suspensão condicional do processo, deixou uma cláusula aberta para o juiz estabelecer outras medidas restritivas que entender pertinentes, observada a questão da proporcionalidade e da compatibilidade. Por exemplo, tratando-se de crime ambiental, impor como condição do ANPP a elaboração de projeto para a recuperação da área degradada ou uma compensação pelos danos ocasionados.

5.1.1.4.3.3. Vedações ao ANPP

Sem embargo das medidas restritivas ou condições a serem assumidas pelo investigado, ainda constam as vedações para o ANPP. De fato, nos termos dos incisos do § 2º do art. 28-A do CPP, esse acordo não é admissível quando:

I – Se tratar de crime de menor potencial ofensivo.

A impossibilidade do ANPP quando se trata de crime de menor potencial ofensivo tem duas razões de ser: primeiro, trata-se de crime da competência do juizado especial, que é absoluta e possui rito próprio, com previsão de audiência preliminar exatamente para ser feita a negociação. Segundo, a transação já cumpre a finalidade perquirida com o ANPP, com mais vantagens, por não exigir a confissão formal e circunstancial.

II – O investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se *insignificantes* as infrações penais pretéritas.

A segunda hipótese de vedação, contida no inciso II do § 2º do art. 28-A, trata de circunstâncias subjetivas que impedem a solução do processo por essa via. Dizem respeito a condições pessoais do investigado, portanto.

Mas a forma como esses aspectos subjetivos foram gizados pelo legislador não está em compasso com o tratamento normativo emprestado para situações similares. Melhor seria se o legislador, nessa parte, tivesse seguido a diretriz da Lei nº 9.099, de 1995, quando pinça as hipóteses que tornam defesa a transação ou a suspensão condicional do processo.

Ao invés de proibir o acordo quando se cuidar de investigado com *conduta habitual, reiterada ou profissional* na prática de crimes, o mais adequado seria dizer que esse tipo de ajuste não é possível quando não forem favoráveis *os antecedentes, a conduta social e a personalidade* do agente, bem como, *os motivos e as circunstâncias* mostrarem não ser adequada e suficiente a medida (arts. 76, III, e 89, caput, ambos da Lei nº 9.099, de 1995, e art. 77, II, do CP).

Como não bastasse, a ressalva leal, contida na segunda parte da norma jurídica em espeque, para permitir a realização do acordo quando os crimes anteriormente praticados forem considerados *insignificantes*, é vaga, atécnica e de difícil definição.

Afinal de contas, o que pode ser entendido por *crimes insignificantes*? Não há definição legal ou doutrinária a respeito. E pior, o que existe na doutrina e é agasalhado pela jurisprudência é o reconhecimento do *princípio da insignificância*, situação em que se considera a conduta atípica.

A intenção do legislador, claro, não foi se referir à teoria da insignificância. Portanto, seria mais acertado o legislador ter colocado como exceção, por exemplo, os crimes culposos e de menor potencial ofensivo (ALBERGARIA 2007).

III – Existir anterior acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento do crime.

Essa vedação consta igualmente para a transação (art. 76, II, da Lei nº 9.099, de 1995). No entanto, na lei em referência foi estabelecido como marco temporal a data em que o autor do fato foi beneficiado com a transação.

No ANPP, é diferente. O legislador colocou como marco temporal inicial os cinco anos anteriores ao cometimento da infração. O mais adequado teria sido usar o mesmo parâmetro da Lei nº 9.099, de 1995).

E aqui há uma questão interessante. A eventual circunstância de o agente estar cumprindo medida diversa mercê da transação não impede a suspensão condicional do processo, pois, nesse caso, em compasso com a última parte do caput do art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995, a impossibilidade da solução consensuada somente se dá caso o acusado "... esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime...". De outra banda, alguém que esteja sendo processado ou cumprindo medida restritiva em razão de suspensão condicional do processo não está impedido de realizar a transação.

Como o ANPP é cabível em crimes mais graves quando comparados os que permitem a transação e a suspensão condicional do processo, não se apresenta como paradoxal a diferenciação estabelecida pelo legislador, de modo a impedir o ANPP quando o agente tiver sido beneficiado, no últimos 5 (cinco) anos, de quaisquer uma das hipóteses de solução negociada do problema criminal.

IV – For caso de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (art. 28-A, § 2º, incisos I a IV, do CPP).

Por fim, a quarta vedação é se o crime disser respeito à violência doméstica, ou for praticado por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. Essa última parte do texto é confusa. O que quer dizer a exigência de o crime ser praticado *em favor do agressor*?

Esse complemento, aliás, é de todo desnecessário. É irrelevante se o agente pratica o crime em seu favor ou de outrem. O que importa é se o delito é cometido devido à circunstância de a pessoa ofendida ostentar a condição de mulher.

A interpretação mais razoável, portanto, é a observação de o crime ter sido praticado contra a mulher, tendo em consideração a sua condição de gênero.

E mais. O legislador deveria ter ido mais longe. Não é só a mulher que ostenta posição de vulnerabilidade. Há outras pessoas que se situam em igual situação, a exemplo das crianças expostas à pornografia infantil, cujo crime, em tese, permite o ANPP (art. 214-B, da Lei nº 8.069, de 1990). Todavia, deve-se entender que foi uma escolha do legislador não estender a vedação para todos os casos envolvendo vulneráveis, como é o caso, por exemplo, do estelionato contra idoso.

5.1.1.4.3.4. Fase extraprocessual do ANPP

O legislador não teve a preocupação de preceituar, ainda que minimamente, as regras referentes à formalização do ANPP, mesmo após a experiência negativa vivenciada com a colaboração premiada. De fato, é estranho a Lei nº 13.964, de 2019, diante dos problemas enfrentados com a ausência de regras sobre a fase extraprocessual da colaboração premiada na redação originária da Lei nº 12.850, de 2013, ter cuidado de prescrever diretrizes normativas para quando o acordo se faz sob essa modalidade, sem, contudo, estender a cautela em relação ao ANPP.

Para suprir essa incompreensível omissão, é pertinente e razoável entender que, tirando o que há de ser retirado, são aplicáveis subsidiariamente ao ANPP os preceitos legais atinentes à colaboração premiada, ante a consideração de que a Lei nº 12.850, de 2013, se manifesta como uma espécie de *lei geral*, quando se trata de negociação criminal.

Assim, para todos os efeitos, o recebimento da proposta do ANPP delimita o início das negociações, incidindo, daí em diante, a cláusula de confidencialidade, não podendo nenhuma das partes promover qualquer tipo de divulgação (art. 3º-B, caput, da Lei nº 13.850, de 2013). No ponto, há de ser feita a consideração de que o acordo precisa ficar em sigilo, não se aplicando a regra no sentido de que a confidencialidade perdura até o levantamento do sigilo por ordem judicial (art. 3º-B da Lei nº 12.850, de 2013, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

De fato, diferentemente da colaboração premiada, o conteúdo do acordo no ANPP não serve como meio subsidiário de prova, esgotando-se o seu escopo à resolução do problema penal, devendo ser resguardada a imagem do investigado, ainda mais porque, para todos os efeitos, não se trata de assunção de culpa.

De outra banda, lamenta-se não haver sido imposto na lei, expressamente, o dever de *fair play* da parte do Ministério Público, no sentido de ter de revelar ou colocar à disposição da defesa e do investigado todos os elementos probatórios e/ou provas angariados na investigação. Essa é uma das maiores críticas dos doutrinadores americanos quanto à formalização do *plea bargain*.

Caso não se finalize o acordo em apenas uma rodada de negociação, deve ser assinado *termo de confidencialidade* para o prosseguimento das tratativas, ato formal com o condão de vincular as partes, no sentido de impedir a recusa de uma delas na finalização do ajuste, salvo existente justa causa (art. 3º-B, § 2º, da Lei nº 12.850, de 2013, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Ainda que o ANPP não venha a ser celebrado ou, uma vez perfectibilizado, seja desfeito, o Ministério Público não poderá fazer uso da confissão formal e circunstancial feita pelo investigado, aplicando-se aqui, com mais razões ainda, a cláusula embutida no art. 3º-B, § 3º, da Lei nº 12.850, de 2013 (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Salvo a informação quanto à possibilidade de início das tratativas para a realização do ANPP, a ser feita pelo Ministério Público, nada pode ser discutido sem o investigado estar assistido juridicamente, impondo-se a necessidade de a procuração conter poderes específicos para a realização do ajuste (art. 3º-C, caput e § 1º, da Lei nº 12.850, de 2013, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

As negociações devem ser feitas entre as partes, Ministério Público e acusado, este devidamente representado por seu advogado, vedado ao juiz participar das tratativas (art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850, de 2013).

O acordo tem de ser formalizado por escrito e assinado pelas partes (art. 28-A, § 3º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), nada dispondo a lei sobre como deve ser materializada a confissão formal e circunstancial, ao contrário do que se fez em relação à colaboração premiada, em que, diante dos problemas surgidos, houve o cuidado de realçar a necessidade de o depoimento do colaborador “... ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior finalidade das informações...” (art. 4º, § 13, da Lei nº 12.850, de 2013). Essa regra deve ser aplicada ao ANPP. Cabe lembrar que a gravação em sistema audiovisual da confissão consta da Resolução do CNMP nº 181, de 2017 (art. 18, § 2º), ainda em vigor, nessa parte, de modo que o membro do Ministério Público, responsável

pela condução e documentação das negociações referentes ao ANPP na fase extraprocessual, deve cuidar de registrar as tratativas em meio audiovisual, para fins de transparência.

A circunstância de o ANPP, comparado à colaboração premiada, ser um negócio menos complexo não infirma o que foi dito acima, pois, no escopo de garantir maior fidelidade do acordo, tudo recomenda a documentação da negociação, notadamente quanto à confissão formal e circunstancial, sob a modalidade audiovisual.

Mesmo sendo razoável estabelecer que, quando se trata de colaboração premiada, não é da melhor ética o Ministério Público tomar a iniciativa quanto à proposição do negócio, no ANPP isso é diferente. Essa questão ética quanto à colaboração premiada é porque, em certo sentido, trata-se de um acordo cujo maior beneficiado em regra é o Ministério Público, tendo em consideração a sua necessidade de encontrar meios alternativos para viabilizar a obtenção de provas contra outros envolvidos na empresa criminosa.

No ANPP, não. Pelo contrário. Conquanto não se reconheça o ANPP como um lúdimo direito subjetivo⁴²⁶, restou assegurado ao investigado postular ao órgão superior do Ministério Público a oportunidade de fazer esse negócio, caso haja recusa pelo *Parquet* em fazer a proposta (art. 28-A, § 14, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

O *direito* em foco está inserto no § 14º do art. 28-A do CPP da seguinte forma, *ipsis litteris*: “No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”.

Veja-se. A regra jurídica fala na *recusa em propor*. Isso deixa implícito que essa recusa em propor o ANPP tem de ser expressa e comunicada ao investigado. E por qual motivo? A fim de possibilitar ao investigado, querendo, fazer uso da faculdade outorgada pela regra jurídica em destaque.

Isso porque o ANPP, assim como as outras formas de solução consensual do processo (transação, suspensão condicional do processo e, até mesmo, a colaboração premiada), possui natureza de direito subjetivo, de modo que, nada obstante a negativa do Ministério Público, esse pleito deveria ser passível de apreciação pelo juiz. Aury Lopes tem essa posição em relação ao ANPP.

Porém, como se vê da leitura do dispositivo em destaque, em relação ao ANPP, essa não foi a escolha do legislador, de modo que o investigado não tem direito de questionar a recusa do Ministério Público em fazer a proposta perante o Judiciário, só lhe sendo reservada a possibilidade de debater o tema no âmbito na instância revisional do órgão ministerial.

Assim tem entendido o Superior Tribunal de Justiça, merecendo referência parte da decisão monocrática do Ministro Ribeiro Dantas no EDcl no Habeas Corpus nº 581.444-SP, exarada em 1º/07/2020, assim redigida:

Além da análise dos requisitos objetivos do acordo de não persecução penal, nos mesmos moldes do *sursis* processual, é essencial fazer a verificação de seu cabimento pelo Ministério Público, o qual detém o poder-dever de analisar, fundamentadamente, a possibilidade de aplicação ou não do referido instituto em compatibilidade com os requisitos objetivos e subjetivos do art. 28-A do Código de Processo Penal. No caso, o *Parquet* entendeu ser incabível o oferecimento do acordo de não persecução, recusa esta confirmada pelo Procurador Geral de Justiça. Por conseguinte, sendo atribuição ministerial averiguar a suficiência e necessidade do acordo, não cabe ao Judiciário essa iniciativa.

⁴²⁶ O ANPP, assim como as outras formas de solução consensual do processo (transação, suspensão condicional do processo e, até mesmo, a colaboração premiada), possui natureza de direito subjetivo, de modo que, nada obstante a negativa do Ministério Público, esse pleito deveria ser passível de apreciação pelo juiz. Aury Lopes tem essa posição em relação ao ANPP (LOPES JR, Aury; JOSITA, Higyta. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, 6 de março de 2020). Porém, essa não foi a escolha do legislador.

5.1.1.4.3.5. Fase processual do ANPP: a proposta ou recusa justificada do ANPP como pressuposto de admissibilidade da ação penal e a homologação judicial

Quanto à fase judicial, o legislador teve o cuidado de definir o procedimento relativo ao ANPP. Conforme a previsão normativa, ao invés de oferecer a denúncia, formalizado o acordo, em petição assinada pelo Ministério Público, pelo investigado e o respectivo advogado, deve ser ajuizado o pedido de sua homologação (art. 28-A, caput e § 3º, incluído pela Lei nº 12.964, de 2019).

Como visto no item anterior, toda a tratativa referente ao acordo deve ser feita no ambiente extraprocessual restrito às participações do Ministério Público, do investigado e seu defensor, com o posterior protocolo perante o Judiciário da petição solicitando a homologação do que ajustado. Conquanto não tenha a lei feito referência, parece claro que essa petição assinada a 6 (seis) mãos, precisa ser devidamente instruída com os autos da investigação, como demonstração de que os elementos probatórios e as provas são do pleno conhecimento da defesa e do investigado.

Muitos podem dizer que o Ministério Público, à falta de estrutura adequada, não tem a menor condição de manter esse contato prévio com o investigado antes do ajuizamento da ação penal, até mesmo em razão de não possuir oficiais de justiça, em seus quadros. Será mesmo? Cabe lembrar que o Ministério Público dirige os Procedimentos de Investigação Criminal (PICs) e inquéritos civis, mesmo sem contar com o trabalho de oficiais de justiça.

Além de esse tipo de argumento não merecer acolhimento, as alternativas para equacionar eventuais dificuldades são patentes, sem necessidade de reforço da estrutura funcional do Ministério Pública.

Uma iniciativa viável é o Ministério Público acertar com o órgão policial uma maneira de compartilhamento do contato do investigado. Com efeito, cientificado da investigação, o Ministério Público pode orientar a autoridade policial para transmitir ao investigado o interesse, ou não, em ofertar o ANPP, esclarecendo para, em caso de concordância, ele entrar em contato com o órgão ministerial, até determinada data.

Outra forma de tornar esse contato com o investigado mais ágil e menos burocrático, é o Ministério Público ajustar com a autoridade policial que, durante o interrogatório, o consulte sobre o eventual interesse em fazer o ANPP. Caso a resposta seja negativa, basta consigná-la no termo respectivo, restando resolvida a questão.

De outra banda, se houver sinalização de interesse do investigado quanto ao ANPP, suficiente disponibilização do contato deste, especialmente do número de whatsapp e do endereço de e-mail, para início das tratativas pelo MP⁴²⁷.

Além dessas duas alternativas, há outras. É só questão de estudo das situações. Por exemplo. Em alguns casos, esse acordo pode ser celebrado na audiência de apresentação (custódia) ou mesmo as tratativas podem ter início nesse momento.

Aliás, é de todo recomendável o Ministério Público, ainda na audiência de apresentação (custódia), satisfeitos os requisitos objetivos, desde logo, manifeste a sua disposição em realizar o ANPP e indague ao advogado e ao investigado quanto ao início da negociação, ou, então, já avise da recusa em fazer a proposta, explicitando as razões para tanto.

A sugestão acima foi adotada na Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 357, de 26 de novembro de 2020, que, ao permitir a realização por videoconferência das audiências de custódia, inseriu um § 3º no art. 19 da Resolução do CNJ nº 329, de 2020, para esclarecer que o Ministério Público poderá, nessa oportunidade, propor o ANPP. Inclusive, assim como pontuado quando aqui se tratou da audiência de apresentação, esse é um momento ímpar para o Ministério Público fazer perguntas ao investigado para firmar o entendimento quanto ao cumprimento dos requisitos subjetivos exigidos para o ANPP⁴²⁸.

⁴²⁷ Diversos documentários revelam que assim procede a polícia nos Estados Unidos da América, fazendo essa comunicação entre o autor do crime e o Ministério Público, para fins de início da negociação.

⁴²⁸ Cf. item 6.2.4.1.5.1. supra.

Como se vê, podem ser tomadas diversas iniciativas para resolver esse entrave da comunicação. Só não pode é o Ministério Público, ao argumento de deficiência estrutural, pretender adotar no ANPP o procedimento prescrito para a suspensão do processo, não sendo adequado o oferecimento da ação penal com a proposta do ANPP, solicitando ao juiz a designação de audiência para ouvir o agente a respeito.

Não é adequado usar o novo instituto com um procedimento diferente daquele alvitado pela lei, ainda mais porque incompatível. É o mal vezo de se querer, por mera conveniência pessoal, *fazer o mais do mesmo*. O legislador, movido pela política criminal de implantar a justiça negocial abriu outras portas para o tratamento do problema penal, alvitando para as partes a realização do acordo em fase extraprocessual. Em outras palavras, o interesse quanto à provação do Judiciário para analisar o ANPP pressupõe a tratativa antes do início do processo.

Sem embargo do expendido, o investigado, para poder se insurgir contra a negativa do ANPP (art. 28-A, § 14º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), precisa ser informado da recusa. Assim, independentemente de o Ministério Público ter o interesse em propor, ou não, o ANPP, ele terá de se comunicar com o investigado, fazendo chegar a este qual é a sua posição a respeito.

E mais, o § 1º do art. 28, o qual se aplica no caso de recusa do ANPP por expressa previsão inserta no § 14 do art. 28-A, ambos do CPP e incluídos pela denominada Lei do Pacote Anticrime, diz que o prazo para pedir a revisão quanto à posição assumida pelo representante do Ministério Público é de 30 (trinta) dias, cuja contagem tem início com a comunicação feita ao interessado.

Por conseguinte, essa comunicação se apresenta como *pressuposto de admissibilidade da ação penal*, pelo que, na ausência de comprovação de o investigado ter sido chamado para o início das tratativas ou comunicado sobre a razão da recusa do ANPP, o juiz não deve receber a denúncia, com a consequente intimação do Ministério Público para sanar a omissão.

Cabe lembrar, em relação à suspensão condicional do processo, a jurisprudência do STJ, segundo a qual, embora não se trate de um direito subjetivo do acusado, cuida-se de um *poder-dever* do Ministério Público, devendo este analisar a possibilidade de aplicação desse instituto de forma fundamentada (AgRg no HC 504.074/SP 2019).

Em outras palavras, satisfeitos os requisitos objetivos consistentes nas circunstâncias de o crime não ter sido praticado com violência ou grave ameaça e de a pena mínima ser inferior a quatro anos, o investigado tem o direito de ser chamado pelo MP para iniciar as tratativas do ANPP. Ou então, se for o caso, de ser informado do motivo pelo qual não lhe será feita essa oferta.

E essa informação, naturalmente, há de ser antes do ajuizamento da ação penal, sob pena de comprometer a regra plasmada no art. 28-A, § 14º, do CPP. No ponto, o Enunciado nº 32, aprovado na I Jornada de Direito e Processo Penal, promovido pelo Superior Tribunal de Justiça, deixou plasmado que “A proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do art. 28-A do CPP, cuja recusa deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no § 14 do mesmo artigo”.

O fato de o Ministério Público ajuizar a ação penal sem, sequer, comunicar ao investigado as razões para não oferecer o ANPP, inviabiliza a impugnação perante o *órgão superior* do Ministério Público, como estampado no § 14º do art. 28-A do CPP.

Isso porque o dispositivo em foco abre *outra porta* além da do gabinete do representante do Ministério Público legitimado para a ação, evitando que a sua palavra seja absoluta e, assim, a questão possa ser discutida perante outra instância do órgão ministerial, antes de o investigado ser tornar *réu ou acusado*, o que ocorre com o oferecimento da denúncia.

Oferecida a denúncia sem que tenha sido dada ao investigado a oportunidade de esgotar a discussão na seara do procedimento administrativo pré-processual, a única na qual lhe é dado discutir o tema, o *investigado* é tornado *réu* sem o direito de defesa em porção mínima que lhe é garantido, submetendo-se compulsoriamente à vontade ou avaliação única e absoluta do membro do Ministério Público.

Essa questão pode até parecer bizantina ou que se trata de um mero melindre dogmático, mas, com certeza, não o é na visão de quem é investigado ou réu.

Pode-se dizer, inclusive, que, de toda forma, quando for citado para apresentar a resposta, embora o acusado não possa discutir a matéria perante o Judiciário, a porta administrativa do Ministério Público estará, enfim, aberta para essa oportunidade, aplicando-se, ainda que de forma alinhavada, o que prevê o § 14 do art. 28-A.

Mais essa situação não é a mais correta, desejável ou razoável, até porque poderia causar evidentemente tumulto processual, sem falar que tecnicamente não é aceitável.

Digamos que, oferecida a ação penal sem a oportunidade de impugnação perante o Ministério Público da recusa quanto à oferta do ANPP, o acusado, ao ser citado, além da resposta no processo, faça a impugnação perante o órgão superior ministerial.

Caso o órgão superior do Ministério Público dê provimento à impugnação, isso acarretará a extinção ou suspensão do processo? Parece situação de extinção, mas, seja como for, um dos fins do ANPP, que foi a de aliviar outra porta para a solução do problema criminal e desafogar o Judiciário, restará inviabilizado.

A engrenagem da máquina judiciária terá sido colocada em funcionamento em vão, com desperdícios de fôlego funcional e recursos financeiros. Sim, o processo, como se sabe, não é gratuito. Muito pelo contrário. Possui um alto custo, de modo que não pode ser iniciado em vão ou desnecessariamente. A mera citação em um processo criminal gera uma série de providências cartorárias, dentre eles a diligência do oficial de justiça para o cumprimento do mandado de citação.

O ANPP, portanto, não deve ser visto apenas sob a ótica da redução de trabalho manual dos servidores e do juiz. A visão deve ser mais larga para enxergar a questão como um instrumento para a redução de custos de recursos públicos sempre finitos e cada vez mais reduzidos, em razão da progressiva diminuição do orçamento do Poder Judiciário.

Aliás, essa visão alargada do escopo do ANPP foi exposta no voto da lavra do Ministro Reynaldo Fonseca, no julgamento da 5ª. Turma do STJ, no Habeas Corpus nº 612.449/SP, publicado no DJe de 28/9/2020, cuja ementa assim redigida, na parte que interessa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE OFERTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENA E RECUSA DE ENVIO À PGJ. RECUSA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELO PARQUET. ANUÊNCIA DO MAGISTRADO. PROPOSTA DE REVISÃO REQUERIDA A DESTEMPO PELA DEFESA. DOSIMETRIA DA PENA. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. PRECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos. Com efeito, o membro do Ministério Público, ao se deparar com os autos de um inquérito policial, a par de verificar a existência de indícios de autoria e materialidade, deverá ainda analisar o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do ANPP, os quais estão expressamente previstos no Código de Processo Penal: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

3. Inexiste nulidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto.

4. Conforme o acórdão ora impugnado, o requerimento de revisão do não oferecimento de proposta do ANPP, para fins de análise do órgão superior do Ministério Público local, ocorreu a destempe pela defesa, deixando que a instrução criminal fluísse regularmente.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

Veja-se que o relator, com desenganado acerto, fez referência à circunstância de o ANPP ser um instrumento de *otimização dos recursos públicos*. Há de notar-se, ainda, que, no caso, o Ministério Público fez a recusa de forma motivada e que houve a oportunidade para o requerimento da revisão do não oferecimento do ANPP, porém, o investigado agiu a destempo.

Não supre a necessidade da prévia comunicação da recusa em propor o ANPP o fato de o investigado, durante a investigação, ao ser interrogado, não confessar o crime. Ora, não há de se exigir de alguém a confissão sem que a lhe seja feita a proposta do acordo. Até porque, ninguém, em tese, vai fazer primeiro a confissão para depois tentar o acordo. De regra, a pessoa só vai ser estimulada a fazer a confissão caso lhe seja ofertada a proposta do acordo.

Exatamente por isso, na I Jornada de Direito e Processo Penal foi editado o Enunciado 03, com a seguinte dicção: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

De qualquer sorte, é preciso atentar para a circunstância de que o caput do art. 28, com a redação determinada pela Lei nº 13.964, de 2019, foi suspenso por força de liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux, pelo que resta de difícil aplicação o disposto no § 1º do art. 28 do CPP, inserido também pelo Pacote Anticrime. Como salientado acima, no preceito em causa, o qual se aplica à hipótese de recusa do Ministério Público em propor o ANPP, está dito que o prazo para o interessado submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial é de 30 (trinta dias), contado do recebimento da comunicação.

Se o art. 28 continua em vigor consoante a redação originária do art. 28 do CPP, aplica-se o prazo do § 1º, que se reporta ao texto alterado conforme a Lei nº 13.964, de 2019?

A resposta é complicada. Ainda mais porque há de se entender que, havendo a impugnação da negativa do Ministério Público em discutir o ANPP, essa postulação tem o condão de impedir o ajuizamento da ação penal.

Até porque, caso se entenda que a impugnação pelo investigado da negativa do Ministério Público em propor o ANPP ocasiona a suspensão do oferecimento da ação penal, como fazer caso, após oferecida e recebida a ação penal, o órgão da instância superior do Ministério Público conferir razão ao investigado? O juiz, nesse caso, teria de chamar o feito à ordem e rejeitar a ação penal já recebida e processada.

Note-se, portanto, a temeridade de o Ministério Público oferecer uma denúncia e o juiz recebê-la, quando pendente de apreciação perante o órgão revisor ministerial a matéria referente à recusa da proposta do ANPP.

Esse é um ponto importante. Da forma como redigida a norma, assim como já pontuado, resta patente que não cabe impugnação por parte do investigado ao judiciário devido ao fato de ter sido recusada a proposta do ANPP. A discussão a esse respeito se exaure nas instâncias do Ministério Público, pelo que deve ser garantida a oportunidade de o investigado esgotar essa esfera, sob pena de a posição do *Parquet* legitimada para a ação penal reinar soberana, o que não é correto nem muito menos desejável.

Por conseguinte, não basta apenas reconhecer que o investigado possui o direito de ser comunicado da recusa pelo *parquet* em propor o ANPP. Há de se convir que o investigado detém algum prazo para pedir a revisão. Dessa maneira, enquanto não resolvida a questão da constitucionalidade do caput do art. 28 conforme a alteração da Lei nº 13.964, de 2019, não há três alternativas quanto ao prazo: (a) entender que o prazo, mesmo assim, é de 30 (trinta dias); (b) adotar o mesmo prazo para a resposta, que é de dez dias; (c) aplicar subsidiariamente o art. 218, § 3º, do CPC, no sentido de que, ante a ausência de prazo legal ou assinado pelo juiz, o prazo é de cinco dias.

Em outro trabalho, defendemos que o mais adequado seria o entendimento de que, enquanto perdurar a suspensão da vigência do dispositivo do art. 28 do CPP na sua redação originária, deve ser aplicado, subsidiariamente, o art. 218, § 3º, do CPC, de modo que o investigado teria o prazo de 5 (cinco) dias,

Acontece que melhor exame da liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux demonstra que o § 1º do art. 28, com a redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019, não foi suspenso, estando em plena vigência. Por conseguinte, a interpretação sistemática do § 1º do art. 28 e o § 14 do art. 28-A do CPP, ambos incluídos pela Lei nº 13.964, de 2019, em plena vigência, leva à conclusão de que, após a comunicação da recusa do membro do Ministério Público que atua no primeiro grau, o investigado possui o prazo de 30 (trinta) dias para exercer o direito de provocar a revisão pelo órgão ministerial superior, lapso temporal durante o qual não pode ser ajuizada a ação penal.

Acordado o ANPP e apresentada a petição requerendo a homologação, o juiz, obrigatoriamente, deverá designar audiência para decidir a respeito. Nessa parte, o legislador, na linha principiológica do sistema acusatório, optou pela oralidade em detrimento da prática dos atos pela forma escrita⁴²⁹.

A realização da audiência deve ocorrer ainda que não se tenha qualquer dúvida quanto à *voluntariedade* da parte do investigado. Ela é obrigatória em qualquer circunstância. A pretensão é estabelecer a oralidade para fins de homologação, ainda que a decisão judicial seja reduzida a escrito. Nessa parte, pena do legislador não ter ido além, a fim de deixar expressa a possibilidade de a decisão de homologação ser feita oralmente pelo juiz, sem a necessidade de redução a escrito, sendo suficiente constar do termo de audiência o conteúdo do acordo.

No art. 28-A, § 4º, do CPP, está escrito que “Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade”. Assim, diante do que prescreve o artigo em foco, para fins de homologação, o juiz deve examinar dois aspectos: a *voluntariedade* do investigado e a *legalidade*, devendo recusar validade ao negócio acertado entre as partes se a proposta não atender os requisitos legais ou, então, quando, apontada a necessidade de ajustes, as partes não cuidarem de sanar os vícios.

Assim como na colaboração premiada, para o ANPP não se exige a *espontaneidade*, porém apenas a *voluntariedade*, podendo o investigado estar afetado por influências externas, desde que legítimas⁴³⁰. O que se veda é o investigado ser forçado ao acordo ou aceitar fazê-lo em razão de ameaças ou promessas exorbitantes para além da que diz respeito ao objeto do ajuste, qual seja, de não ser oferecida a denúncia.

Quanto à legalidade, ademais da regularidade formal e material, o juiz deve observar, ainda, se não é caso de arquivamento ou absolvição sumária do investigado, exame apenas possível se a petição pleiteando a homologação se fizer acompanhar dos autos da investigação.

Tome-se como exemplo situação em que o crime já esteja prescrito. Em casos tais, a despeito da concordância da defesa e do investigado em assinar o ANPP, o juiz não deve homologar o ajuste. O mesmo se diga se o juiz entender que não há *justa causa* para o acordo, diante da inexistência da prova da materialidade ou de indícios de autoria⁴³¹. No sistema americano também é prevista, expressamente, a possibilidade de o juiz rejeitar o *plea agreement*⁴³².

A discussão aqui é se o juiz, nesse momento, poderia, desde logo, determinar o arquivamento da investigação ou, sendo o caso, na hipótese imaginada acima, prolatar decisão de absolvição sumária, em consonância com o art. 397, IV, do CPP. Se ou quando a liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux for revogada (MC na ADI 6.298/DF 2020), e entrar em vigor o art. 3º-B, caput e inciso IX, do CPP, não restará dúvida de que o juiz das garantias poderá, desde logo, decidir a respeito.

⁴²⁹ O *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 11(b)(1), determina que o autor do crime seja ouvido perante o Judiciário, para fins de homologação do *plea guilty* ou do *nolo contendere* (Rule 11. Pleas 2020).

⁴³⁰ Na disciplina do *plea bargain* pelo *Federal Rules of Criminal Procedure*, consta na Rule 11(b) (2) que o juiz, na audiência, deve perquirir se a adesão ao acordo é voluntária e que não é resultado de ameaças ou promessas (Rule 11. Pleas 2020).

⁴³¹ O *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 11(b) (3), também estabelece que, para fins do *plea guilty* ou do *nolo contendere*, o juiz deve observar se há base factual para dar ensejo ao acordo (Rule 11. Pleas 2020).

⁴³² Segundo o *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 11 (b) (5) (A) (B) e (C), além de poder rejeitar o acordo, o juiz deve explicar ao autor do crime que ele tem a oportunidade de desistir da declaração de culpa, na medida em que será julgado sem a observância do que foi ajustado com o Ministério Público.

Nessa audiência, o juiz deve indagar se a defesa e o investigado estão a par de todos os elementos probatórios e ou provas constantes da investigação. Essa intervenção do juiz não infirma a essência do *plea bargain*, pois mesmo nos Estados Unidos, no aperfeiçoamento desse sistema, tem-se conferido maior atuação jurisdicional na validação do acordo, no sentido de evitar que direitos fundamentais do autor do crime não sejam malferidos, em decorrência da desigualdade de armas entre o Ministério Público e a defesa⁴³³.

A exigência de o ajuste no ANPP passar pelo crivo do Judiciário é uma forma de assegurar a *paridade de armas na negociação*, evitando-se, com a intervenção do juiz, que, ante a deficiência da defesa, o investigado seja levado a aceitar um acordo leonino. Até por isso mesmo, na ideia do legislador, a competência para decidir a respeito deve recair na figura do juiz das garantias (art. 3º-B, XVII, do CPP).

Verifica-se que o dispositivo nada dispõe sobre a eventual presença do Ministério Público nessa audiência destinada para a homologação do ANPP. Talvez a intenção tenha sido, efetivamente, evitar a presença do membro do Ministério Público. No entanto, se essa era a pretensão, por que o mesmo legislador não adotou dicção normativa similar à utilizada para a inclusão do § 7º no ar. 4º da Lei nº 12.850, de 2013? Lá está plasmada a regra segundo a qual o juiz deverá *ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado do seu defensor*.

Por outro lado, a presença do Ministério Público na audiência é até mesmo desejável, pois agiliza o ajuste das cláusulas do acordo, na eventualidade de o juiz, nos termos da primeira parte do § 5º do art. 28-A, do CPP, "... considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal..."

Veja-se que, em compasso com a segunda parte do dispositivo em causa, nesse caso, o juiz deverá devolver "... os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor". Portanto, a circunstância de o membro do Ministério Público estar presente na audiência possibilita que, ao invés de devolver os autos, a questão já seja resolvida de uma vez, com a aquiescência do órgão ministerial em promover a alteração devida.

Ademais, em casos concretos tem-se observado que a presença do Ministério Público é até mesmo salutar para situações, por exemplo, em que na audiência o investigado pede o aumento do número de parcelas para o pagamento de prestação pecuniária.

Por conseguinte, estando presente na audiência o Ministério Público, tudo pode ser resolvido no próprio ato, agilizando a solução do caso.

Atente-se, porém, que a dicção normativa da primeira parte do § 5º do art. 28-A do CPP, não impede que o juiz faça ajustes que não importa na alteração do conteúdo do acordado entre as partes. Com efeito, nos termos do art. 28-A, incisos III e IV, indicar a entidade pública ou de interesse social na qual deve ser realizada a prestação de serviço ou efetuado o pagamento da prestação pecuniária, de modo que, caso o Ministério Público, no acordo, direcione o serviço ou o valor para uma determinada entidade, pode e deve o juiz fazer a retificação nessa parte da cláusula.

Isso porque a hipótese imaginada acima não se trata da situação descrita no § 5º do art. 28-A do CPP, porquanto as condições do acordo não são consideradas inadequadas, insuficientes ou abusivas. Em verdade, as condições são adequadas e legítimas, sendo ilegal e ilegítima apenas a destinação dos serviços ou quantias em dinheiro para uma determinada entidade, ao talante do Ministério Público.

Ressalte-se que os incisos III e IV do art. 28-A do CPP foram questionados na ADI 6305/DF pela CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, ao argumento de que a indicação pelo juiz da entidade para a qual deve ser prestado o serviço ou destinado o valor da prestação pecuniária malferia a prerrogativa constitucional do órgão

⁴³³ WALSH, Dylan. **Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining**. The Atlantic. 2 de 5 de 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 18 mai 2020.

ministerial, mas a liminar, adequadamente, foi negada pelo Ministro Luiz Fux⁴³⁴.

De toda maneira, caso venha a ser rejeitado o ANPP pelo fato de o juiz entender que não é o caso de homologação, salvo se o motivo decorrer do entendimento de ser hipótese de arquivamento da investigação ou passível de ajuste por meio da alteração da proposta, fatalmente o Ministério Público irá oferecer a denúncia. É até um tanto quanto contraditório, rejeitada a proposta do ANPP, o Ministério Público entender pelo arquivamento, sem o oferecimento da denúncia. Se a hipótese não era de ajuizamento da ação penal, o Ministério Público, evidentemente, não deveria sequer ter oferecido a proposta de ANPP.

Homologado o ANPP, os autos devem ser entregues ao Ministério Público, a fim de ser ajuizado, perante o juiz da execução, o pedido de cumprimento das medidas restritivas ajustadas (art. 28-A, § 6º, do CPP). Talvez por apego ao modelo acusatório, o legislador ressaltou que a execução do cumprimento do acordado no ANPP não se dá de ofício, devendo ser postulada pelo Ministério Público.

Em conformidade com o salientado acima, conquanto exigida a confissão do crime, com o ANPP não se impõe pena, porém medidas restritivas, pelo que não tem sentido que a transferência da fiscalização quanto ao cumprimento do acordo para o *juízo da execução penal*. Ora, não há pena, logo, não há execução penal.

O controle do cumprimento das medidas diversas deveria permanecer na alçada do juiz competente para a homologação, assim como ocorre na transação e na suspensão condicional do processo. Todavia, expressamente, o legislador deixou consignado que “Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal” (art. 28-A, 6º, do CPP). Resta claro, portanto, que o ajustado no ANPP deve ser objeto de ajuizamento perante o juízo da execução penal, cabendo ao Ministério Público tomar essa iniciativa.

O tratamento normativo esclarece, ainda, que a fiscalização é compartilhada entre o juiz da execução e o Ministério Público, assim como ocorre na execução penal em geral, de modo que cabe a ambos verificar o cumprimento pelo investigado das condições estipuladas, devendo o Ministério Público, se for o caso, “... comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia” (art. 28-A, § 10, do CPP).

Uma palavra final quanto ao procedimento. Em relação ao ANPP, a norma processual é de conteúdo híbrido, razão pela qual, como se trata de norma mais favorável, retroage para beneficiar o acusado (art. 5º, XL, da Constituição). Por conseguinte, processos em andamento, desde que ainda não proferida a sentença, devem permitir o ANPP, cabendo às partes tomar iniciativa a esse respeito

É discutível se atingiria, igualmente, feitos sentenciados e, até mesmo, os casos nos quais já formada a coisa julgada. Isso porque quando a Constituição trata da retroação para beneficiar, não estabelece limite. Assim, a pessoa condenada por um crime, mesmo com o trânsito em julgado, faz jus, de regra, à retroação da norma mais benéfica.

Mas, quando se trata de nova regra ou instituto processual, embora com conteúdo misto, o limite temporal para a aplicação retroativa da norma deve ser, pelo menos, o trânsito em julgado, até por uma questão de ordem prática. Seria um verdadeiro caos eventual entendimento da aplicação retroativa do ANPP inclusive para os casos transitados em julgado.

De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da aplicação retroativa da suspensão condicional do processo, fixou a posição no sentido de a prolação da sentença ser o limite, mesmo sem trânsito em julgado (HC 74.305-SP 1996). Mas há de se notar que esse precedente é antigo, e ficou sendo reiterado tendo em consideração a questão referente à suspensão condicional do processo.

A jurisprudência precisa avançar a respeito desse tema. A respeito, a 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal editou o seguinte o Enunciado nº 98, com o seguinte teor:

⁴³⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acesso em: 1º fev. 2022.

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes (Aprovado na 182ª Sessão Virtual de Coordenação de 25/05/2020).

Entretanto, posteriormente, essa posição foi revista, sendo alterado o Enunciado nº 98, a fim de restringir a aplicação retroativa do ANPP, ficando assim redigido o entendimento consolidado pela 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal:

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão (Alterado na 187ª Sessão Virtual de Coordenação, de 31/08/2020).

Portando, o mais adequado e em sintonia com o preceito constitucional da retroatividade da lei criminal mais benéfica quando se trata de norma de conteúdo híbrido ou misto, é o entendimento de que a retroação se dá até antes do trânsito em julgado.

E se há de admitir, ainda, que, no caso de desclassificação do crime ou de procedência parcial da imputação criminosa, deve ser conferida a oportunidade para o ANPP, aplicando-se, aqui, a Súmula nº 337 do STJ (“É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”).

5.1.1.4.3.6. Efeitos da homologação do ANPP

No inciso IV do art. 116 do CP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, foi enxertada mais uma hipótese de *causa suspensiva da prescrição: enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal*. Tem-se, assim, que o efeito imediato da homologação do ANPP é impedir a continuidade da fluência do prazo da prescrição da pretensão acusatória.

Como se trata de causa de suspensão da prescrição, o lapso temporal já decorrido não desaparece, permanecendo incólume. De tal modo, superado o óbice quanto à fluência do prazo, a prescrição recomeça a ser contabilizada pelo restante do tempo que falta (BITENCOURT 2012, 693). Ou seja, o tempo anterior, quando excluída a causa de suspensão, soma-se ao espaço temporal posterior.

Não houve definição expressa quanto ao marco inicial da suspensão da prescrição. Diante do silêncio da lei, deve-se entender como momento da suspensão da prescrição, a data da publicação da sentença homologatória do ANPP, adotando-se, aqui, subsidiariamente, o entendimento quanto ao momento da interrupção da prescrição pelo recebimento da ação penal. E o momento no qual volta a fluir o prazo, a data da publicação da decisão que rescinde o acordo.

De outra banda, conforme visto acima, no ANPP não há imposição de pena. A sentença é meramente homologatória quanto ao que foi ajustado entre as partes. Uma vez cumpridas as medidas restritivas, o juiz profere sentença extinguindo a punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP).

No ponto, note-se que o legislador, por questão de política criminal, elegeu a hipótese de extinção de punibilidade como causa de absolvição sumária. Antes, diante da divergência a respeito da natureza jurídica do pronunciamento judicial quando do reconhecimento da extinção da punibilidade, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 18, a fim de esclarecer que “A

sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

Porém, na Reforma Tópica do CPP de 2008, o legislador, acertadamente, tomou outra direção, no escopo de ressaltar no art. 397, inciso IV, do CPP, que a extinção de punibilidade se cuida de hipótese de absolvição, restando, portanto, superado o entendimento sumular.

Dessa forma, uma vez cumpridas as condições estabelecidas no ANPP, o juiz da execução profere decisão de extinção da punibilidade, pronunciamento judicial que, para efeitos legais, possui natureza absolutória.

O investigado, portanto, conservará a sua condição de primário, como se crime nenhum objeto do ANPP tenha sido praticado.

O não cumprimento das condições pactuadas no ANPP pode levar à revogação do ANPP. A despeito do tom imperativo do art. 28-A, § 10, no sentido de que o inadimplemento de uma das condições ajustadas tem como consequência a quebra do ANPP, o juiz, antes de decidir, deve, necessariamente, ouvir a defesa sobre o motivo pelo qual não cumpriu as cláusulas do acordo.

Após a oitiva do investigado, revogado o acordo, o Ministério Público deve oferecer a ação penal. Assim como assinalado supra, nesse caso, a despeito do silêncio da lei, não poderá ser utilizada no processo a confissão formal e circunstancial realizada pelo investigado, pois a sua validade é restrita ao objeto do ANPP.

5.1.1.4.4. Suspensão condicional do processo

Outra inovação da mais significativa importância introduzida em nosso sistema jurídico, que está em consonância com o Estado Democrático-Constitucional, foi a suspensão condicional do processo, prevista igualmente pela Lei nº 9.099, de 1995, para todos os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano. Ou seja, ao contrário do ANPP, não há nenhuma vedação quanto ao fato de o crime ter sido perpetrado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Em virtude do novo conceito de infração de menor potencial ofensivo dado pela Lei nº 10.259, de 2001, que aumentou a pena abstrata mínima para dois anos, e depois foi acompanhada pela Lei nº 9.099, de 1995, o mais acertado seria entender que a suspensão condicional do processo, igualmente, foi majorada para dois anos. Aliás, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça chegou a decidir nesse sentido, ao apreciar o RHC 12.033/MS⁴³⁵, relatado pelo Ministro Felix Fischer, porém, posteriormente, no julgamento do HC 2003302165345/RJ⁴³⁶, modificou a sua posição, passando a adotar a orientação da Sexta Turma⁴³⁷, no sentido de que não houve alteração da pena mínima para a suspensão condicional do processo.

⁴³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. LEI Nº 9.099/95. LIMITE DE 01 (UM) ANO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MAJORANTE (CRIME CONTINUADO) LEI Nº 10.259/01. LIMITE DE 02 (DOIS) ANOS. SÚMULA 243/STJ, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, Classe: RHC – Processo: 12.033, UF: MS, QUINTA TURMA, Data da decisão: 13/09/2002. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005.

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – FURTO QUALIFICADO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – LEI 9.099/95 – ADVENTO DA LEI 10.259/01 INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, Classe: HC – Processo: 200302165345, UF: RJ, QUINTA TURMA, Data da decisão: 06/05/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005.

⁴³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. LEI 10.259/2001. NÃO-ALTERAÇÃO. TRANSAÇÃO. PREVISÃO DE PENA DE MULTA ALTERNATIVA OU CUMULATIVAMENTE. IRRELEVÂNCIA, Relator Ministro PAULO MEDINA, Classe: HC – Processo: 200301661588, UF: SP, SEXTA TURMA, um. Data da decisão: 19/10/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA EM ABSTRATO NÃO EXCEDENTE A DOIS ANOS. CONCEITO DE DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO AMPLIADO PELA LEI Nº 10.259/2001. RECURSO PROVIDO, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, Classe: HC – Processo: 200201349739, UF: SP, SEXTA TURMA, um. Data da decisão: 19/08/2003. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005.

Tudo o que aqui foi dito sobre a transação criminal, com as ressalvas devidas, aplica-se, igualmente, à suspensão condicional do processo. Trata-se, igualmente, de um negócio jurídico processual, com o qual se obtém a solução consensuada do processo, sem aplicação de pena. Tem como origem o instituto denominado *Deferred Prosecution Agreement* (DPA), do sistema americano.

A suspensão condicional do processo é, também, uma forma de despenalização da conduta ilícita no caso concreto, inserindo-se, assim, como um dos instrumentos processuais voltados a contribuir para *erradicar a marginalização*, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Especialmente a partir da Reforma Tópica de 2008, pois a sentença que põe fim ao processo após o cumprimento, durante o período de prova, das condições expostas pelo juiz, em razão da extinção da punibilidade, possui natureza absolutória. Assim, em verdade, com a suspensão condicional do processo, o acusado é absolvido.

Assim como ocorre em relação à transação, a despenalização por meio da suspensão condicional do processo é um direito subjetivo do acusado, de modo que pode ser negociada, ou então deferida pelo juiz, como reconhecimento de que ele tem o direito de ver despenalizada a sua conduta, desde que satisfeitos, além do requisito objetivo, os requisitos subjetivos estampados na lei.

A diferença substancial em relação à transação criminal e ao ANPP é que a suspensão condicional do processo somente pode ocorrer depois do oferecimento da denúncia, sendo um dos requisitos desta, embora não se tenha alterado o texto do art. 41 do CPP. De fato, se a pena mínima abstrata não é superior a um ano, o Ministério Público, necessariamente, tem de dizer, na denúncia, se oferece, ou não, a suspensão condicional do processo, dando os motivos da posição adotada.

5.1.1.4.4.1. Requisitos e condições ou medidas restritivas que podem ser estabelecidas para a suspensão do processo

O legislador estabeleceu como requisitos para a admissibilidade da suspensão do processo a circunstância de (a) a pena mínima cominada para o crime ser igual ou inferior a um ano; (b) o acusado não estar sendo processado; (c) não ter sido condenado por outro crime; e (e) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem o acordo (art. 89, caput, c/c o art. 77 do Código Penal).

Quanto à quantidade da pena mínima, a Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal esclarece que “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento de 1/6 (um sexto) for superior a 1 (um) ano”. A Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça, em igual direção, complementa que “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano”.

A lei não especifica a natureza do crime em relação ao qual o acusado está respondendo, a fim de impedir a suspensão do processo. De outro lado, apenas diz que também não cabe a suspensão se o acusado houver sido condenado por outro crime. Em relação ao ANPP, o legislador foi mais coerente, pois estabeleceu como causa de impedimento a circunstância de o investigado ser reincidente. Também parece excessivo vedar a suspensão quando o agente responde a processo ou mesmo tenha sido condenado pela prática de crime culposos.

Como se percebe, a incongruência é patente. O fato de o investigado estar sendo processado ou mesmo ter sido condenado em outro processo, ainda que seja um crime culposos, conquanto impeça a suspensão do processo, permite o ANPP, que é um instituto mais benéfico, pois inibe o próprio ajuizamento da ação penal e é aplicável a crimes mais graves. A interpretação sistêmica impõe a conclusão que, igualmente para a suspensão do processo, o impedimento para a solução pela via consensual só se faz sentir no caso de reincidência.

Na disciplina da suspensão do processo (art. 89, § 1º a 7º, da Lei nº 9.099, de 1995), o legislador foi mais feliz do que em relação à transação, pois deixou claro que, nesse caso, não

há aplicação de pena, porém apenas de condições sob as quais ficará subordinado o acordo firmado entre as partes. Com efeito, na parte final do § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995, restou consignado que no acordo para fins de suspensão do processo o acusado se compromete a *cumprir as seguintes condições*:

- I- reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II- proibição de frequentar determinados lugares;
- III- proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- IV- comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Note-se a diferença de tratamento normativo em relação à transação, pois no que diz respeito a esse instituto, inapropriadamente, o legislador deixou acentuado que o acordo importa na aceitação pelo autor do fato da “... aplicação imediata de pena não privativa de liberdade” (art. 72, parte final, da Lei nº 9.099, de 1995). A despeito desse erro técnico quanto à transação, como já exaustivamente aqui pontuado, mesmo na transação, a negociação não importa em assunção de culpa e muito menos na aplicação de pena. As penas restritivas de direito, para fins de transação, não passam de medidas restritivas.

Tem-se, portanto, que no pertinente à suspensão do processo o próprio legislador foi claro em evidenciar resultar do acordo apenas a aplicação de medidas restritivas, com o condão de, ao final, desde que cumpridas as exigências estabelecidas, em razão da extinção de punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099, de 1995), o juiz, por meio de sentença, absolver o acusado (art. 397, IV, do CPP).

Todavia, o legislador, além das condições pinçadas nos incisos do § 1º do art. 89, da Lei em referência, estabeleceu uma cláusula aberta, ao preceituar que “O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação do acusado”.

Pelo fato de a suspensão condicional não se tratar de imposição de pena, a doutrina passou a divergir quanto à possibilidade de aplicar-se, na qualidade de outras condições além daquelas expressamente previstas nos incisos do § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995, uma ou mais penas restritivas de direitos, contempladas no Código Penal, assim como se faz quando se cuida da transação. Os doutrinadores que se filiam à corrente que rejeita essa possibilidade partem do pressuposto de que, com a suspensão condicional do processo, o juiz não pode aplicar pena. Acontece que aquelas mesmas penas restritivas de direito inseridas no Código Penal podem, sem nenhum problema, ser aplicadas como medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas. Isto é, em consonância com o § 2º do art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995, o juiz pode especificar, sob a modalidade de outras condições a que fica subordinada a suspensão do processo, *medidas restritivas de direitos que expressam o mesmo conteúdo das penas restritivas de direitos*.

A divergência, porém, não se deu apenas no campo doutrinário, pois a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendia que não era cabível a aplicação de pena restritiva como espécie de medida restritiva no caso de suspensão condicional do processo. Com efeito, no HC 225703 / RS, a Sexta Turma, em acórdão relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior⁴³⁸, na parte da ementa que interessa, assim decidiu:

HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CTB). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL COAÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIABILIDADE. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI N. 9.099/1995). INCLUSÃO DE CONDIÇÕES ESPECIAIS CONSISTENTES EM PENAS

⁴³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão:04/12/2012. Disponível em: www.stj.jus.br/revistaeletronica. Acesso em: 13 mar. 2013.

RESTRITIVAS DE DIREITOS (PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE). IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. VIOLAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 3. No caso dos autos, observa-se que as instâncias ordinárias cancelaram a inclusão pelo Ministério Público estadual de condições especiais, consistentes em prestação pecuniária de prestação de serviços à comunidade, na proposta de suspensão condicional do processo oferecida ao paciente. 4. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que a inclusão de penas restritivas de direitos na proposta de suspensão condicional do processo ofende o princípio da legalidade, uma vez que possuem caráter autônomo e substitutivo, cuja aplicação demanda previsão legal expressa. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para excluir a prestação pecuniária e a prestação de serviços à comunidade como condições alternativas da proposta de suspensão condicional do processo formulada ao paciente.

Trilhando a mesma orientação aqui defendida, a Quinta Turma, no julgamento do REsp 1216734 / RS, com voto da lavra do Ministro Gilson Dipp⁴³⁹, assim decidiu:

CRIMINAL. RESP. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONDIÇÕES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. LEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. I. Não há incompatibilidade na imposição de prestação de serviços à comunidade como condição de suspensão condicional do processo, dela não decorrendo constrangimento ilegal. Precedentes. II. O preceito contido no § 2o, do art. 89, da Lei 9.099/95, faculta ao Juiz especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, além das previstas no § 1o, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. III. Recurso provido, para restabelecer a decisão monocrática, nos termos do voto do relator.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, corretamente, firmou o entendimento de que não é inconstitucional ou inválida a imposição, como condição para a suspensão condicional do processo, de prestação de serviço ou prestação pecuniária, pois, nesse caso, essas medidas não possuem natureza de pena restritiva de direitos⁴⁴⁰. No mesmo passo, a Ministra Rosa Weber, em decisão monocrática no RHC 122039/MG, levando em conta os precedentes da Corte, negou seguimento ao recurso em que se discutia esse tema, ressaltando que “A imposição de prestação de serviços ou mesmo de prestação pecuniária nesse contexto assemelha-se às penas restritivas de direitos do art. 43 do Código Penal, ainda que com elas não se confunda em natureza e quantidade”⁴⁴¹.

Esse entendimento sufragado pela Suprema Corte é irretocável. Ora, se na transação, em que não há, sequer, o ajuizamento da ação penal, pode ser negociado, a título de medida restritiva de direitos, uma ou mais penas restritivas previstas no Código Penal, estreme de dúvidas de que isso também é possível, e com mais razão ainda, na suspensão do processo, que pressupõe o oferecimento da ação e é aplicável a crimes de gravidade maior do que considerações por lei como de menor potencial ofensivo.

Em suma, podem ser impostas com a suspensão do processo, na qualidade de medidas restritivas, as seguintes condições: Essas medidas restritivas, em verdade, estão catalogadas no art. 43 do Código Penal, quais sejam: (i) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; (ii) proibição de frequentar determinados lugares; (iii) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; (iv) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; e, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, (v) prestação pecuniária; (vi) perda de bens e valores; (vii) limitação de fim de semana;

⁴³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 17/04/2012. Disponível em: www.stj.jus.br/revistaeletronica. Acesso em: 13 mar. 2013.

⁴⁴⁰ Cf. HC 11.721/P, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 01.07.2013; HC 108.914/RS, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 01.08.2012.

⁴⁴¹ RHC 122039/MG. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão. Disponível em: www.stf.jus.br/portal. Acesso em: 22 mai. 2020.

(viii) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (ix) interdição temporária de direitos; (x) limitação de fim de semana e (ix) além de outras condições similares.

5.1.1.4.4.2. Proposta ou recusa justificada da suspensão do processo como pressuposto de admissibilidade da ação penal e homologação judicial

Na mesma linha de entendimento quanto ao que foi dito em relação à transação e ao ANPP, desde que satisfeito o requisito objetivo de admissibilidade da suspensão do processo, erige-se como requisito formal da denúncia a manifestação a respeito pelo Ministério Público, expondo os argumentos para a negativa da proposta, nada obstante não tenha havido a devida alteração do art. 41 do CPP. Desse modo a omissão a respeito acarreta a inépcia da exordial, devendo o juiz devolver os autos ao Ministério Público, a fim de que ele proceda à devida correção, nos termos do art. 395, I, do CPP. Todavia, como medida de economia processual, o juiz pode deixar para apontar a omissão na audiência preliminar marcada para a suspensão condicional do processo, com consequente oferecimento de oportunidade para que ela seja suprida mesmo oralmente, no referido momento processual.

Caso o Ministério Público não venha a suprir a omissão ou negar a proposta de suspensão do processo, o magistrado pode, a pedido do incriminado, deferir a pretensão de que o processo seja encerrado com a despenalização de sua conduta. Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 696, firmou posição de que, ante a recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo ao juiz, caso entenda reunidos os pressupostos legais permissivos à aplicação do instituto, resta apenas aplicar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal (com a redação sem a alteração da Lei nº 13.964, de 2019), ainda em vigor devido a liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux.

A crítica a essa posição já foi feita neste estudo, quando se tratou da transação, aplicável, em sua inteireza, à hipótese da suspensão condicional do processo.

Basta reafirmar, uma vez mais, que a suspensão condicional não se trata propriamente de um benefício, mas de um direito subjetivo do acusado. Não se mostra razoável, assim, dizer que o juiz não pode apreciá-la quando, ante a negativa do Ministério Público, o acusado manifesta pretensão nesse sentido, até porque, como já foi aqui evidenciado, tal malfere o princípio do acesso à justiça. Na prática, o juiz, do mesmo modo como ocorre quando o Ministério Público faz a proposta, informa ao acusado que ele, em tese, tem o direito à suspensão condicional do processo.

De qualquer sorte, assim como afirmado em relação à transação penal, sendo o caso de seguir a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, deve-se aplicar, subsidiariamente, o que dispõe o art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal. Assim, tendo o Ministério Público deixado de oferecer a suspensão condicional do processo, o acusado poderá requerer a revisão desse entendimento no âmbito interno do Ministério Público.

Mais uma vez, cabe asseverar, no ponto, que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 131.108-RJ, em que relator o Ministro Jorge Mussi⁴⁴², por maioria, já decidiu que “Tratando-se a suspensão condicional do processo de um meio conciliatório para a resolução de conflitos no âmbito da Justiça Criminal, mostrando-se como uma alternativa à persecução penal estatal, fica evidenciado o interesse público na aplicação do aludido instituto”, daí por que, “Embora o órgão ministerial na qualidade de titular da ação penal, seja ordinariamente legitimado a propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário”⁴⁴³.

⁴⁴² Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865446411/habeas-corpus-hc-131108-rj-2009-0044973-5/inteiro-teor-865446421?ref=feed>. Acesso em: 1º fev. 2022.

⁴⁴³ Ibid.

Da forma como redigido o art. 89, caput, da Lei nº 9.099, de 1995, basta o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, "... propor a suspensão do processo...". Alguns juízes, sem embargo da ausência de disciplinamento no CPP, para agilizar a solução do processo, determinam a expedição de uma espécie de mandado de citação e intimação, cientificando da proposta de suspensão do Ministério Público e designando uma espécie de audiência preliminar para que as partes negociem o acordo, deixando consignado que, caso o acusado não compareça ou não aceite a proposta, o prazo para a resposta já começa a correr no dia seguinte ao dia designado para a audiência. Outros magistrados preferem deixar para designar a audiência específica para a negociação da suspensão se na resposta o acusado disser sinalizar concordância com a proposta de acordo.

Entretanto, aqui se aplica, *mutatis mutandis*, o que se disse em relação à transação. Diante da disciplina emprestada para o ANPP, o Ministério Público deve cuidar de negociar a suspensão do processo diretamente com o investigado e seu defensor e, conjuntamente com o oferecimento da ação penal, já pedir ao juiz a homologação do acordo, juntando o respectivo termo. Cabe agregar que alguns membros do Ministério Público, mesmo antes da existência do instituto do ANPP, agiam dessa forma em relação à suspensão do processo, forma de abreviar ainda mais a solução da questão criminal pela via do consenso.

Ao contrário da transação e do ANPP, não há previsão de que a decisão de homologação do juiz sobre a suspensão deve ser feita em ou precedida de audiência. Entretanto, tudo recomenda que o juiz adote essa providência, a fim de examinar a *voluntariedade* do acusado quanto à realização do acordo e, especialmente, se ele entendeu corretamente as implicações jurídicas da suspensão e as consequências para a eventualidade de não serem cumpridas as medidas aplicadas.

Em similitude com o ANPP, a decisão de homologação da suspensão tem o condão de impedir a fluência do prazo prescricional (art. 89, § 6º, da Lei nº 9.099, de 1995).

Na homologação, o juiz deve especificar o *período de prova*, a ser fixado entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos (art. 89, caput, primeira parte), verificando-se, porém, a *revogação obrigatória*, se o acusado, durante esse lapso temporal, vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem justificativa, a reparação do dano ou, então, a *revogação facultativa*, no caso de processado por contravenção ou inadimplemento injustificado de quaisquer das condições impostas.

Cumpridas as condições durante todo o período fixado, no final, o juiz profere sentença de extinção de punibilidade. Quando se trata de crime contra o meio ambiente, a declaração de extinção de punibilidade depende de laudo de constatação de reparação do dano causado (art. 28, I, da Lei nº 9.605, de 1998). Se não houver comprovação quanto à integral reparação do dano ambiental, o juiz deverá prorrogar o prazo de suspensão do processo, por no máximo mais 5 (cinco) anos (art. 28, II, da Lei nº 9.605, de 1998).

5.1.2. Juízo de rejeição liminar da ação penal (art. 395)

No processo penal, via de regra, mesmo antes do ajuizamento da ação penal, o juízo competente já está definido, em razão da anterior distribuição do inquérito policial, que, embora se trate de uma atividade pré-processual, de acordo com o Código de Processo Penal, há de ser distribuído no órgão jurisdicional⁴⁴⁴. Porém, apenas com o ajuizamento da ação penal é que se dá o início do processo⁴⁴⁵, com o respectivo registro na distribuição. Depois de autuado o processo, assim como ocorre no cível, providencia-se a conclusão dos autos ao juiz, a fim de que seja feito o exame quanto a se a petição inicial deve ser rejeitada ou recebida.

Em verdade, embora possa ocorrer a absolvição sumária, com a consequente apreciação

⁴⁴⁴ Eis aí outro flagrante resquício do sistema inquisitivo. Com o Projeto de Lei nº 4.209/2001, referente à investigação, há a previsão de que, ao concluir a investigação, a autoridade policial deverá encaminhar os autos diretamente para o Ministério Público (art. 23).

⁴⁴⁵ Cf. item 5.1.1.1, supra.

de mérito – vamos falar mais sobre isso quando analisarmos a absolvição sumária –, em regra, esse é o momento oportuno para o juiz observar, apenas, se falta algum pressuposto processual ou alguma *condição da ação*, que, agora, com o NCPC, é denominada *pressuposto processual relativo ao juízo de admissibilidade da ação*.

É importante considerar que o legislador do CPC de 2015 extinguiu as condições da ação como categoria situada entre os pressupostos processuais e o mérito, porém, manteve intactos os seus elementos. Desse modo, os pressupostos processuais são de duas ordens: (a) pressupostos quanto ao juízo de admissibilidade da ação e (b) pressupostos inerentes à constituição ou desenvolvimento válido da relação processual.

Não há, propriamente, uma ordem lógica quanto à apreciação dos pressupostos processuais e das condições da ação. Mas em alguns casos, isso é patente. Se o juiz é incompetente ou impedido para funcionar no processo, por exemplo, que se tratam de pressupostos processuais de ordem subjetiva, é evidente que ele é incompetente ou impedido, até mesmo, para dizer se a petição satisfaz, ou não, as condições da ação.

Muito embora na reforma processual operada pela Lei nº 11.719, de 2008, o legislador não tenha tido a atenção de promover alterações no art. 41 do Código de Processo Penal, seguindo a melhor técnica processual, ele providenciou a revogação do art. 43 do mesmo diploma normativo, que tratava, inadequadamente, das hipóteses de rejeição da ação penal. Ali era elencada como caso para a rejeição da denúncia, a circunstância de o *fato narrado evidentemente não constituir crime*, que se trata de questão de mérito.

Afinado com a melhor processualística, o legislador cuidou das hipóteses de rejeição da ação penal no art. 395 do CPP e, em relação às questões de mérito que podem dar ensejo ao julgamento antecipado da lide, no art. 397 do CPP, como situações que conferem lastro à absolvição sumária, após o contraditório.

Assim, todas as vezes que se tratar de matéria afeta a pressuposto processual, quer relativo à constituição ou desenvolvido válido do processo, quer ao juízo de admissibilidade da ação, o que pode ocorrer é a rejeição da ação penal, ao passo que, quando for a hipótese de questão de mérito que possibilita o julgamento antecipado da lide, de absolvição sumária.

Nessa passada, a primeira missão do juiz, ao ser submetida a ação penal a sua apreciação, para fins de pronunciamento quanto a sua admissibilidade, ou não, é o exame em relação à presença dos pressupostos processuais. É um exame de censura, para fins de rejeição, se for o caso.

Aliás, na proposta encaminhada pela Comissão de Reforma⁴⁴⁶, nesse momento, ao juiz era vedado, sequer, fazer o juízo positivo, ou seja, de admissibilidade da ação penal⁴⁴⁷. O texto aprovado, todavia, manteve a ordem dessa lógica, ou seja, é possível o juízo de admissibilidade, como consequência natural de não ser caso de rejeição da ação penal. Com efeito, no caput do art. 396 do CPP ficou a seguinte redação: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, *se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á...*” (Grifei).

Em verdade, a rejeição da ação penal é uma exceção, posto que a regra é a sua admissibilidade. A falta de pressuposto processual, de regra, importa em encerramento do processo sem que, sequer, ocorra a sua formação, nem muito menos a sua instrução. A exigência da satisfação dos pressupostos processuais, em rigor, é uma limitação ao direito fundamental do amplo acesso à justiça, que quer dizer muito mais do que acesso ao Judiciário em si, pois importa em assegurar à pessoa o direito de ver o seu direito tutelado pelo órgão jurisdicional de forma efetiva e em duração de tempo razoável. Rejeitar a ação penal, por conseguinte, equivale a negar o direito de discutir o assunto pela via judicial. Por isso mesmo, sendo uma exceção, a decisão judicial nesse sentido tem de ser, necessariamente, fundamentada em uma das hipóteses do art. 395 do Código de Processo Penal.

⁴⁴⁶ Cf. item 3.3, supra.

⁴⁴⁷ A redação proposta pela comissão da reforma para o caput do art. 396 do CPP era a seguinte: “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” (Grifei).

Restar indagar: Se com o oferecimento da ação penal, nesse exame quanto à existência dos pressupostos processuais, o juiz verificar, por exemplo, que a pretensão punitiva está extinta, poderá rejeitá-la liminarmente? Isso não seria possível uma vez que o momento próprio é o do art. 396-A, caput, do Código de Processo Penal, que se dá apenas após a apresentação da defesa pelo acusado?

Naturalmente que o juiz não apenas poderá como deverá, nesse caso, absolver liminarmente, sem o conseqüente recebimento da ação penal. Seria desarrazoado que o juiz, mesmo tendo a plena convicção de que a pena está extinta, não pudesse, desde logo, decidir pela absolvição sumária. Exigir que o juiz tenha de aguardar o momento do art. 396-A do CPP, além de representar pensamento burocrático, não se coaduna com a dimensão democrática de um ordenamento jurídico pautado pelos princípios da simplificação e da duração razoável do processo. Dilatar o encerramento do processo apenas para cumprir uma de suas etapas, traz diversas consequências para o acusado, não apenas quanto à necessidade da contratação de advogado para a apresentação de sua defesa, como prejuízos de ordem pessoal, familiar, social e mesmo financeira.

A identificação da prescrição diante do mero exame da petição inicial, seja ela em perspectiva, ou não, é mais comum do que se pode supor. Ademais, tecnicamente, a prescrição é representada pela falta de pressuposto processual objetivo de ordem intrínseca. O legislador, com acerto, por uma questão de política criminal, elencou a prescrição dentre as hipóteses de absolvição sumária, de modo que, doravante, nesses casos, ao invés de extinguir o processo, deverá, em verdade, absolver o acusado⁴⁴⁸.

Embora seja mais difícil, nessa etapa inicial do processo, enxergar a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou a da culpabilidade do agente ou verificar que o fato narrado evidentemente não constitui crime, hipóteses que igualmente justificam a absolvição sumária, também não se pode descartar a possibilidade de o juiz, no exame da inicial, julgar antecipadamente o processo, com base em uma dessas hipóteses.

Nesse caso, é verdade, não se trata, propriamente, de rejeição da denúncia, mas sim de absolvição sumária, só que feita no momento em que a petição inicial é submetida ao crivo do juiz para fins de análise da existência, ou não, dos pressupostos processuais.

5.1.2.1. Pressupostos processuais relativos ao juízo de admissibilidade da ação e à constituição e ao desenvolvimento válido do processo

A despeito das considerações doutrinárias diferenciando as condições da ação dos pressupostos processuais, rompendo a orientação do Código de Processo Civil de 1973, o NCPC, sendo mais pragmático, abandonou essa distinção. Não se fala mais em condições da ação como categoria própria, tratando-as agora como *pressupostos processuais relativos ao juízo de admissibilidade da ação*. Ademais, passou para o mérito a questão referente à possibilidade jurídica do pedido, de modo que os pressupostos relativos à admissibilidade da ação são apenas *o interesse de agir e a legitimidade*. Essa solução alvitada pelo legislador civil afastou polêmica instaurada na doutrina quanto à circunstância de a *impossibilidade jurídica do pedido* ter sido classificada como condição da ação no CPC de 1973, quando, em verdade, para analisá-la, o magistrado precisava, em verdade, adentrar ao mérito da questão.

Essa mesma discussão se fazia sentir no ambiente processual penal. Diante do que estava plasmado no então art. 43, I, do CPP (revogado pela Lei nº 11.719, de 2008), que consignava ser hipótese de rejeição da inicial, a circunstância de “o fato narrado evidentemente não constituir crime”, parte da doutrina defendia que essa era a situação em que se dava a impossibilidade jurídica

⁴⁴⁸ A prescrição, por força do art. 397, IV, do CPP, introduzido pela Lei nº 11.719, de 2008, passa a ser mais uma hipótese de prolação de sentença absolutória, quando, no final do processo, o juiz entender de sua ocorrência, nada obstante o legislador não ter tido o cuidado de fazer a sua necessária inclusão no rol dos incisos do art. 386 do CPP. Cf. item 3.2.1, supra.

do pedido, na qualidade de condição da ação.

Antes mesmo da vinda a lume do NCPC, na Reforma Tópica o legislador criminal incluiu a circunstância de o *fato narrado evidentemente não constituir crime* (art. 397, III, do CPP) como hipótese de absolvição sumária, tratando-a, portanto, como questão de mérito. Além disso, também antes do NCPC e mesmo da Reforma Tópica, o art. 386, III, do Código de Processo Penal já elencava como hipótese de decisão de mérito, a sentença em que o juiz absolve o acusado por reconhecer *não constituir o fato infração penal*.

Na linha dessas ideias, a rejeição liminar da ação penal, nos termos do art. 395 do CPP, com a redação da Lei nº 11.719, de 2008, se dará quando:

- a) for “manifesta” a inépcia da petição inicial;
- b) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
- c) faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Apenas para fins dogmáticos, cabe fazer uma incursão quanto à polêmica doutrinária sobre a natureza jurídica da *justa causa*. Havia um debate acirrado quanto a se a justa causa era uma condição da ação ou um pressuposto processual. Defendíamos que a justa causa tinha natureza jurídica de condição da ação. Essa posição tinha como argumento a consideração de que as condições da ação não se confundiam com os pressupostos processuais, até porque, ação e processo são coisas distintas⁴⁴⁹. A ação diz respeito ao direito de se pleitear a prestação da atividade jurisdicional, enquanto o processo é a relação jurídica em que se desenvolve o conhecimento e o julgamento do pleito manifestado pela parte autora.

As condições da ação se referiam, única e exclusivamente, ao direito de invocar a atuação jurisdicional, ao passo que os pressupostos processuais eram exigências previstas em lei, cujo desatendimento impedia que a relação jurídica processual se estabelecesse ou se desenvolvesse validamente. Essa análise era feita com base no tratamento que o Código de Processo Civil de 1973 conferiu à matéria.

Todavia, conforme acentuado, essa discussão perdeu sentido, na medida em que o NCPC eliminou as condições da ação como categoria processual própria, deslocando-as para os pressupostos processuais referentes ao juízo de admissibilidade da ação. Assim, temos que os pressupostos processuais se apresentam sob duas ordens: (a) quanto à sua existência e ao desenvolvimento válido do processo e (b) quanto ao juízo de admissibilidade da ação. Os pressupostos de existência válida do processo são os requisitos necessários para que a relação processual se constitua ou se instaure de modo eficaz. Os pressupostos de desenvolvimento do processo, que pressupõem a prévia existência de uma relação processual válida, são requisitos necessários que precisam ser observados até o final da demanda.

Esses pressupostos processuais de constituição ou desenvolvimento válido do processo podem ainda ser observados sob os ângulos subjetivo e objetivo. Os subjetivos, referentes aos sujeitos principais que participam da relação processual: o juiz (art. 251 a 256 do CPP), o autor (art. 257 a 258 do CPP) e o réu e seu defensor (art. 259 a 267 do CPP)⁴⁵⁰. Os pressupostos referentes ao juiz são: (a) que se trate de autoridade judiciária investida em órgão julgante (princípio da investidura); (b) que o magistrado seja competente para o conhecimento e julgamento (capacidade subjetiva), o que compreende, agora, em relação à capacidade para julgar, a identidade física do juiz (art. 399, § 2º, introduzido pela Lei nº 11.719, de 2008); e (c) que o juiz subjetivamente seja capaz, ou melhor, seja imparcial, não haja nenhuma causa de impedimento ou suspeição (arts. 252 e 254, do CPP).

Os pressupostos atinentes às partes: (a) capacidade de ser parte, que se confunde, assim como no processo civil, com a personalidade jurídica; (b) capacidade de estar em Juízo, que se

⁴⁴⁹ Cf. item 5.1.1.1, supra.

⁴⁵⁰ Em rigor, todo aquele que pratica ato processual é sujeito da relação processual, como são os casos, por exemplo, dos servidores do Judiciário, especialmente os oficiais de justiça, as testemunhas, os peritos etc. Esses são os chamados sujeitos secundários.

relaciona com a capacidade de exercício, de praticar, por si, os atos da vida civil, de conformidade com o regramento insculpido no Código Civil; e (c) capacidade postulatória, referente ao *jus postulandi*, que no processo penal, diante da magnitude do princípio da ampla defesa na proteção ao *jus libertatis*, segue orientação peculiar, afastando-se das diretrizes gerais, contempladas no Código de Processo Civil.

Em razão de a titularidade da ação penal de iniciativa pública ser deferida ao órgão do Ministério Público, de regra, só quem estiver em representação a ele, possui o *jus postulandi* como autor. Porém, se é de iniciativa privada, ou em se tratando de assistente, que se habilita nos autos para coadjuvar a acusação e da queixa subsidiária, a despeito das capacidades de ser parte e de estar em Juízo, a pessoa terá de valer-se de bacharel em direito, a fim de manifestar-se no processo. Conquanto a defesa técnica seja *obrigatória*, e tenha de ser *efetiva e eficiente*, em homenagem ao *jus libertatis*, há várias hipóteses em que se concebe o *jus postulandi*.

Isso se verifica com o manejo do habeas corpus, que, como garantia constitucional à liberdade de locomoção, pode ser ajuizado por qualquer do povo em nome de outrem, pela própria pessoa que se encontre sob constrangimento, pelo Ministério Público e até mesmo de ofício pelo juiz ou tribunal. Aqui vige o princípio do *jus postulandi*, em que o pressuposto da capacidade postulatória é estendido a toda e qualquer pessoa, independentemente de ser advogado ou não. A revisão criminal pode ser pedida pelo próprio réu (art. 623, CPP), assim como a arguição de suspeição de juiz (art. 98, CPP). No art. 578, do Ordenamento Processual Penal, encontra-se escrito que o recurso poderá ser interposto tanto pelo próprio recorrente, quanto por seu representante. Por isso mesmo, tem-se entendido que o recurso interposto pelo próprio réu, nada obstante não arrazoado pelo defensor no prazo legal, produz efeito. É o *jus postulandi* em matéria recursal criminal. Anteriormente, o acusado podia, até mesmo, fazer a defesa prévia. (art. 395 do CPP revogado pela Lei nº 11.719, de 2008). Também assim é em relação aos incidentes no processo de execução penal.

Os *pressupostos objetivos* dizem respeito à inexistência de fatos impeditivos à formação da relação processual, ou quanto à observância da forma processual adequada à pretensão, ou ao desenvolvimento válido da relação processual. Podem ser, assim, extrínsecos ou intrínsecos. Os extrínsecos se referem à inexistência de fatos impeditivos para a formação da relação processual, tal como ocorre quando verificada a litispendência, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada, falta de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido, nas ações penais de iniciativa pública condicional, e a falta de autorização da Câmara dos Deputados para instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (art. 51, I, da Constituição)⁴⁵¹.

Os *pressupostos objetivos intrínsecos* são aqueles quanto à observância da forma processual adequada para a pretensão preceituada em lei, como o tipo de procedimento (ordinário, sumário, sumaríssimo ou especial), ao preenchimento dos requisitos necessários à petição inicial (art. 41 do CPP, portanto), o instrumento procuratório, para o advogado postular em nome da parte etc.

A falta de atendimento de pressuposto processual – salvo quando a ausência de observância da forma prescrita em lei gera, apenas, mera irregularidade – impõe a extinção do processo.

Já os pressupostos processuais relativos ao juízo de admissibilidade da ação são requisitos necessários e condicionantes ao exame do mérito da pretensão manifestada pelo autor, que, caso não atendidos, acarreta a sua rejeição, por carência do direito de ação. Na lição clássica de Liebman⁴⁵², conquanto a ação seja autônoma em relação ao direito material que se pretende, por seu intermédio, tutelar com o processo, para que haja o direito ao seu exercício, mister se faz o preenchimento do que se convencionou denominar *triade condicional das ações*: (a) legitimidade

⁴⁵¹ Há doutrinadores que classificam a falta de representação ou de requisição, nos crimes de ação penal pública condicionada, como condição de procedibilidade. Em verdade, porém, são pressupostos processuais.

⁴⁵² **Manual de direito processual civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco, v. 1, Forense: São Paulo, 1984, p. 161.

ad causam ativa e passiva, refere-se à pessoa que pode promover a ação e àquela a quem se aponta como a responsável para apresentar a resposta; (b) *interesse jurídico*, que se tem por satisfeito, quando demonstrada a *necessidade* do ajuizamento da ação para que a pretensão seja satisfeita⁴⁵³; e (c) possibilidade jurídica do pedido, quando o que se pretende, com a promoção da ação, não é admissível de ser atendido pelo Judiciário. Ainda que, inicialmente, o nosso ordenamento jurídico tenha colocado a possibilidade jurídica como uma condição da ação, o NCPC, na categoria de pressuposto inerente ao juízo de admissibilidade da ação, trata apenas da legitimidade e do interesse. Ademais, conforme salientamos acima, na Reforma Tópica a impossibilidade jurídica deixou de ser hipótese de rejeição da ação penal, restando claro que os pressupostos de admissibilidade da ação se apresentam apenas de duas categorias.

Doutrinadores há, como Afrânio Silva Jardim⁴⁵⁴, que defendem existir, quanto à ação penal, uma condição da ação específica - agora pressuposto de admissibilidade da ação específico -, que é a "... justa causa, ou seja, um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado". A mera existência do processo criminal, não se há de negar, gera para o acusado uma série de efeitos negativos, das mais diversas ordens, até mesmo psicológica, o que afeta a sua qualidade de vida pessoal, familiar, social e pode, inclusive, comprometer, irremediavelmente, o seu futuro. Diante disso, não se pode oferecer uma ação penal contra alguém, a não ser que se tenha uma *culpa sumária formada* contra ele, sob pena de inexistir justa causa, até mesmo, para o indiciamento. Assim além das três condições da ação clássicas, a ação penal tem uma quarta e específica condição, que é a justa causa, o suporte probatório mínimo que aponte a existência do crime e indícios de sua autoria.

Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet⁴⁵⁵ ressaltam que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, diante dos danos que a mera existência de um processo criminal acarreta à dignidade pessoal do indivíduo, ocorre constrangimento ilegal, quando a persecução penal é *injusta*, o que se verifica quando não há elementos de materialidade e indícios suficientes de autoria para dar base à ação penal⁴⁵⁶.

No nosso entendimento, a justa causa, no ponto, expressa o princípio da presunção de inocência *stricto sensu*, seja na qualidade de condição da ação ou, conforme o NCPC, como pressuposto relativo ao juízo de admissibilidade da ação. A esse respeito, defendemos que o princípio da presunção de inocência é gênero do qual sobressaem duas espécies: presunção de inocência propriamente dita ou *stricto sensu* e a presunção de não culpabilidade. A presunção de inocência é uma garantia pertinente a toda e qualquer pessoa, no sentido de que ela não será indiciada, denunciada ou terá contra si recebida ação penal, ou decretada medida cautelar sem que haja justa causa. Já a presunção de não culpabilidade impõe que, para a prolação de sentença condenatória, é preciso ser afastada *dúvida razoável*, de modo que, na dúvida, o acusado deve ser absolvido⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Como no ambiente criminal não pode haver reconhecimento de responsabilidade penal, com a aplicação da pena, sem processo (*nulla poena sine iudicio*), quando se trata de pretensão condenatória, sempre e sempre, o interesse jurídico, na qualidade de condição da ação, está satisfeito. Mas isso pode ocorrer em relação a algumas medidas cautelares, como por exemplo, pedido de quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal, busca e apreensão etc., ou mesmo em casos de *habeas corpus*, em que não há, propriamente, ameaça ao direito de liberdade.

⁴⁵⁴ Op. cit., p. 70.

⁴⁵⁵ Op. cit., p. 529.

⁴⁵⁶ Maria Thereza Moura, se debruçando sobre o assunto antes do NCPC, não considerava a justa causa mais uma das condições da ação, porquanto, para ela, a falta de uma das três condições da ação constitui-se, por si mesmo, em uma das hipóteses de falta de justa causa. Sobre o assunto (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 221). Dessa forma, para Maria Thereza, justa causa corresponde a um "... juízo de mínima probabilidade de condenação" (Ibid., p. 245), até porque, segundo ela, para o ajuizamento da ação penal, "Não se exige, de pronto, a certeza moral quanto à ocorrência do fato, da autoria e da culpabilidade. Esta será imprescindível no final, para autorizar um decreto condenatório." (Ibid., p. 245).

⁴⁵⁷ Sobre esse assunto, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, Curso de processo Penal: teoria (constitucional) do processo penal, itens 9.2, 9.2.1, 9.2.2 e 9.2.6.

5.1.2.2. Inépcia da inicial e justa causa

Aparentemente, teria havido uma atecnia do legislador da Reforma Tópica, na medida em que tratou da inépcia da petição inicial como se ela não fosse uma falta de *pressuposto objetivo intrínseco*. Da mesma forma, à primeira vista, o legislador considerou a falta de *justa causa* uma circunstância que não se enquadraria quer como pressuposto processual, quer como condição da ação, o que dá fôlego, em uma primeira análise, à conclusão de que seria hipótese de falta de condição de procedibilidade.

Certamente ninguém haverá de dizer que a inépcia da ação, que se verifica quando não há o pleno preenchimento dos requisitos necessários à petição inicial (art. 41 do CPP), não tem a natureza jurídica de falta de pressuposto processual, apenas porque o legislador disse, no inciso I, do art. 395, que esse vício é hipótese de rejeição da denúncia ou queixa, e, no inciso II do mesmo comando normativo, afirmou que a mesma consequência jurídica se dará quando *faltar pressuposto processual*.

Tampouco parece razoável partir-se da premissa de que os integrantes da comissão de reforma – uma vez que a proposta, tal como aprovada, partiu dela – não tivessem o conhecimento doutrinário de que a inépcia da petição inicial é causa de extinção do processo, sem julgamento de mérito, por falta de cumprimento de pressuposto processual.

Menos preocupado com o rigor científico do que com a realidade, o que se teve em mente, com a redação emprestada ao art. 395 do CPP, foi ressaltar que, no momento desse exame, o juiz, dentre os pressupostos processuais, deve dar acentuado destaque exatamente para aqueles vícios que, mais frequentemente, são questionados no decorrer do processo, muitas vezes, até mesmo, por meio da interposição de habeas corpus.

A denúncia bem elaborada, especificamente em relação à imputação criminosa, que exige narrativa fática pormenorizada e individualizada, por mais paradoxal que seja, é *conditio sine qua non* para o exercício da defesa com foros de efetividade. Isso é sobremaneira importante para o acusado. Daí por que é de fundamental importância, o exame criterioso da adequação da petição inicial aos requisitos do art. 41 do CPP.

Nesse passo, saliente-se que, a despeito da ausência de alteração do conteúdo do art. 41 do CPP, a proposta ou a justificativa da recusa do oferecimento da transação, do ANPP ou da suspensão condicional do processo, assim como salientado supra, apresenta-se como hipótese de inépcia da ação penal.

Por outro lado, a exigência de *justa causa* como condição para o exercício da ação penal é uma garantia muito cara, porque assegura que nenhuma pessoa será constrangida, por meio de processo criminal, quanto ao seu direito de liberdade e mesmo à honra e à imagem, sem ter contra ela provas de que o fato efetivamente ocorreu, assim como de indícios que, se não autorizam a conclusão de sua culpa, justificam que ela seja apontada como a possível autora do fato criminoso.

Em outro estudo, sem embargo de rechaçar a nomenclatura *presunção de inocência* como princípio determinante no processo criminal, pois o art. 5º, LVII, da Constituição, diz respeito ao juízo de culpabilidade, afirma-se que aquela denominação tem campo de aplicação diverso. A *presunção de inocência*, nessa orientação, conquanto não se faça sentir após o ajuizamento da ação penal, impõe uma condição, requisito ou pressuposto de admissibilidade desta, que corresponde, exatamente, à presença da justa causa, que se traduz no binômio materialidade e indícios suficientes de autoria⁴⁵⁸.

É como se o sistema dissesse que todas as pessoas são *presumidamente inocentes*, daí por que, para que ela seja apontada como a provável autora de um crime, exige-se que essa imputação esteja apoiada em uma culpa sumária, sob pena de isso representar uma arbitrariedade. Dessa forma, para o cidadão, essa *presunção de inocência* é uma garantia no sentido de que ele não poderá ser perturbado em sua paz nem arranhado em sua dignidade como pessoa em razão de imputações levianas, invocadas sem a menor plausibilidade, com o propósito apenas de deixá-lo em situação

⁴⁵⁸ Cf. item 4.2.2. Princípio da *presunção de inocência* e da *presunção de não culpabilidade*, supra.

constrangedora⁴⁵⁹.

A importância da análise da justa causa como pressuposto de admissibilidade da ação, de maneira a abortar a existência de um processo temerário, com conseqüente comprometimento desnecessário da imagem e da tranquilidade de uma pessoa, revela o acerto do devido destaque que lhe foi conferido na lei, como forma de recomendar ao juiz, no momento da feitura do exame da petição inicial, especial atenção a esse aspecto.

Ainda que sem a melhor técnica, de todo justificável, a modificação introduzida no Código de Processo Penal por obra da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, dá a entender que a *justa causa* é uma condição, requisito ou pressuposto específico de admissibilidade da ação penal, à qual o juiz, ao lado da cobrança do preenchimento dos requisitos encartados no art. 41 do CPP para a denúncia ou queixa, deve dar a máxima atenção⁴⁶⁰.

5.1.3. Juízo de admissibilidade da ação penal

A intenção da comissão de reforma, ao estabelecer normas pertinentes a todas as espécies de procedimento, foi no sentido de evitar que fosse feito o juízo de admissibilidade da ação penal sem o prévio contraditório. Dessa forma, em consonância com a redação do art. 395, caput, proposta pela Comissão de Reforma, antes da citação do acusado, o juiz só poderia, se fosse o caso, rejeitar a denúncia.

Não sendo feito o juízo de rejeição, necessariamente, sem se pronunciar quanto ao recebimento, o juiz deveria prolatar despacho, determinando a citação, para que o acusado, no prazo de dez dias, apresentasse a resposta. Apresentada a resposta pelo acusado, o juiz, na hipótese de suscitadas preliminares e/ou anexados documentos, deveria intimar o autor (Ministério Público ou querelante), para, querendo, impugnar, no prazo de cinco dias. Havia ainda, na proposta da Comissão de Reforma, a previsão de que, reputando imprescindível, antes do juízo de admissibilidade, o juiz poderia determinar a realização de diligências, no prazo máximo de dez dias⁴⁶¹. Somente após essa etapa, era que o juiz teria a oportunidade para decidir sobre o recebimento da ação penal, como estava expresso no caput do art. 396, que constava da proposta sugerida pela comissão de reforma.

Diante disso, havia um hiato sobremaneira extenso na proposta entre a data do ajuizamento da ação e a do seu recebimento, situação indesejável, pois, especialmente devido à existência, em nosso meio, da prescrição retroativa, em muitos casos, nesse intervalo de tempo, dar-se-ia a extinção de punibilidade.

Por isso mesmo, na Câmara dos Deputados, houve a modificação do projeto de lei, a fim de inserir, no caput do art. 395 da proposta apresentada pelo Executivo, após a expressão *se não rejeitar liminarmente*, o termo *recebê-la-á*. Assim, houve a antecipação do momento próprio para o recebimento da ação penal, mas não se teve, porém, o cuidado de modificar o então art. 399 do Projeto de Lei, que fixava o momento posterior à resposta do acusado, como a oportunidade própria para esse fim.

Identificando essa anomalia, com base no parecer da senadora Ideli Salvatti, o Senado Federal suprimiu, do art. 395, a palavra *recebê-la-á*⁴⁶². Diante das diversas alterações aprovadas

⁴⁵⁹ "Para os órgãos do Estado encarregados da persecução criminal, a presunção de inocência, na perspectiva aqui sustentada, impõe uma limitação quanto a essa atuação, na medida em que exige a necessidade de que a imputação criminosa tenha como lastro uma prévia reunião de elementos probatórios a respeito da materialidade e autoria do delito, ou seja, haja justa causa para a persecução criminal." (Ibid., p. 553).

⁴⁶⁰ Art. 395: "a denúncia ou queixa será rejeitada quando: I — for manifestamente inepta; II — faltar pressuposto ou condição para o exercício da ação penal; ou III — faltar justa causa para o exercício da ação penal."

⁴⁶¹ Art. 395, § 5º, do anteprojeto encaminhado pelo Executivo.

⁴⁶² Coerentemente, a senadora assim justificou, em seu parecer, o acolhimento da Emenda nº 8, oriunda de sugestão de uma comissão formada pelo Supremo Tribunal Federal: "O ato do recebimento da denúncia está previsto no momento descrito no artigo 399, ou seja, após a oportunidade de resposta preliminar. A atual redação do projeto antecipa desnecessariamente o exame de admissibilidade da denúncia".

pelo Senado, o Projeto de Lei nº 4.207, de 2001, voltou para a Câmara Federal. O deputado Régis de Oliveira, porém, relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça, manteve o texto aprovado, anteriormente, na Câmara. Pela justificativa apresentada pelo deputado para não acolher a alteração promovida pelo Senado, ao que parece, a questão não foi devidamente compreendida⁴⁶³. A incongruência, assim, restou mantida.

De toda sorte, o melhor é que, antes mesmo da resposta do acusado, haja a oportunidade para que o juiz se pronuncie, não apenas pela rejeição, como era a proposta original do Executivo, como, igualmente, ser for o caso, pelo recebimento da ação penal, o que, aliás, é a regra. Seria um tanto quanto canhestra a situação que seria criada caso a proposta original fosse aprovada, pois o juiz, tendo feito o exame e visto que não era caso para rejeição, mesmo sendo imperativo de ordem lógica pronunciar-se pelo recebimento da ação penal, não poderia, nesse momento, dizer nada a respeito. Não seria razoável retardar essa decisão apenas pelo fato de o acusado, nesse momento, ainda não ter tido a oportunidade de oferecer a sua resposta. Seria um apego excessivo à dogmática, que não se justifica.

Ademais, apesar do silêncio da lei, nada impede que, conquanto tenha sido, anteriormente, recebida a denúncia, com a resposta do acusado, dentre as preliminares, seja suscitada a falta de pressuposto processual ou condição da ação, devendo, neste caso, o juiz reexaminar o assunto, agora com base no contraditório⁴⁶⁴. Tem-se, assim, que, a despeito da decisão pelo recebimento da ação penal, a matéria não está preclusa, sendo passível de nova deliberação a respeito, o que poderá, até mesmo, importar na sua rejeição. Portanto, se o acusado, ao ser citado, na resposta apresentada nos termos do art. 396-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 11.719, de 2008, suscitar, como matéria preliminar, a falta de pressuposto processual ou condição da ação, aí incluídas a inépcia da inicial ou a ausência de justa causa, a decisão, em relação a essas matérias que podem dar ensejo à rejeição à denúncia, terá de enfrentá-las, por meio de decisão devidamente fundamentada.

Assim, nada obstante já recebida a ação penal, se for do interesse do acusado estabelecer o contraditório sobre essa questão, poderá suscitá-la na resposta, como preliminar. Nada obsta, pelo contrário, pois, conforme acentuado, a matéria, em relação ao acusado, não está preclusa, até porque a primeira oportunidade que tem para se manifestar a respeito é, justamente, ao atender a citação.

Ademais, a primeira e a segunda parte do art. 396-A do CPP, ao afirmarem que, com a resposta, o “acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse a sua defesa”, não permitem outra interpretação, ou seja, muito embora ao analisar a petição inicial, se não for caso de rejeição, ao juiz seja dado, desde logo, decidir pelo seu recebimento, o reexame da matéria pode ser provocado, desde que haja pedido nesse sentido, no momento da resposta.

Se a pena mínima prevista para o crime não for superior a um ano, havendo sinalização na ação penal quanto à possibilidade de suspensão condicional do processo, recebida a peça acusatória, o melhor é citar o acusado para, em dia e hora, comparecer em Juízo, para participar de uma espécie de audiência preliminar, na qual será tentada essa forma de solução consensuada do processo criminal. Quando a audiência preliminar é meramente protocolar, posto que não se logra êxito quanto ao fim para que foi designada, essa providência se mostra medida que serve, apenas, para atrasar o desenvolvimento normal do processo.

Todavia, quando essa espécie de audiência preliminar se apresenta eficiente, no sentido de se obter a suspensão condicional do processo, ela desafoga a pauta e dá mais celeridade ao serviço judicante, com menos carga de trabalho. Na Segunda Vara Criminal da Seção Judiciária da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, em consonância com os dados estatísticos da movimentação forense, em noventa por cento dos casos, a audiência preliminar resulta em

⁴⁶³ O deputado, em seu parecer, apresentou a seguinte justificativa: “O instrumento que é o processo, não pode ser mais importante do que a própria relação material que se discute nos autos. Sendo inepta de plano a denúncia ou queixa, razão não há para se mandar citar o réu e, somente após a apresentação de defesa deste, extinguir o feito. Melhor se mostra que o juiz ao analisar da denúncia ou queixa ofertada fulmine relação processual infrutífera”.

⁴⁶⁴ Essa questão voltará a ser discutida no item 5.1.7, infra.

suspensão do processo. Para situações assim, essa espécie de audiência preliminar é plenamente recomendável.

Dependendo do número de processos, basta reservar um único dia da semana para realizar essas audiências, a fim de negociar a suspensão do processo, podendo ser marcados diversos processos para o mesmo dia.

Citar o acusado para que ele produza a defesa por meio de advogado e deixar para tentar a suspensão na audiência, não se mostra a medida mais razoável, pois finda ocupando a pauta, uma vez que tem de ser reservado, para o intervalo entre uma e outra audiência, o tempo necessário para a realização normal de cada uma delas, pois não se sabe, ao certo, em quais se terá êxito. O inconveniente, nesse caso, é que as testemunhas têm de comparecer a Juízo, quando isso seria evitado, se o assunto tivesse sido resolvido naquela espécie de audiência preliminar.

Ademais, sendo feita apenas a citação para a audiência preliminar, esta pode ser marcada, em regra, para um intervalo de tempo bastante inferior a cinquenta ou sessenta dias, até porque não há necessidade de se considerar o prazo para a resposta e a eventual intimação e impugnação por parte do Ministério Público.

5.1.4. Chamamento do acusado para responder a imputação

Ajuizada a ação penal, inicia-se o processo, e, não sendo caso de rejeição, o juiz deve recebê-la. A partir daí, para a formação da relação processual, é necessário o chamamento do acusado ao processo, o que se faz mediante a citação.

A citação, na regência do Código de Processo Penal em sua redação primeira, era o chamamento do acusado a Juízo, a fim de que ele fosse interrogado. Agora, é o chamado para o acusado apresentar a resposta, ou seja, para se defender.

Da mesma forma como ocorre no cível, a citação, encontrando-se o acusado no território sujeito à jurisdição do juiz, desde que conhecido o endereço onde possa ser localizado, far-se-á por intermédio de oficial de justiça, em cumprimento a mandado expedido para esse fim⁴⁶⁵. Conhecido o endereço do acusado, mas estando em local de jurisdição de outro juiz, deve ser enviada carta precatória ao órgão jurisdicional competente, no desiderato de que se determine a expedição de mandado para fins de citação.

Porém, encontrando-se o acusado em lugar incerto e não sabido, a citação far-se-á mediante edital, com o prazo de quinze dias⁴⁶⁶. Existiam outras hipóteses de citação por edital. O art. 363 do Código de Processo Penal dispunha que era caso, ainda, de citação por edital: (a) nada obstante a existência de endereço certo, quando se verificasse que o acusado estava se ocultando para não ser citado (art. 362 do CPP, revogado pela Lei nº 719, de 2008); (b) quando inacessível, em virtude de epidemia, de guerra, ou por outro motivo de força maior, o lugar em que estivesse o acusado (art. 363, inciso I, do CPP); (c) quando incerta a pessoa que tivesse de ser citada (art. 363, inciso I, do CPP); e (d) ainda que conhecida a residência do acusado, caso o crime fosse afiançável e o acusado se encontrasse no estrangeiro (art. 367 do CPP). Todos esses dispositivos foram revogados pela Lei nº 719, de 2008.

Por conseguinte, em razão das modificações introduzidas pela Lei nº 11.719, de 2008, a única hipótese que subsiste para autorizar a citação por edital é aquela em que o acusado, efetivamente, estiver em lugar incerto e não sabido, contemplada no art. 361 do Código de Processo Penal. Essa agora é a única hipótese existente de citação por edital.

Nesse aspecto, a reforma se mostrou coerente, pois todas essas demais hipóteses de citação por edital quando certo o endereço do acusado, era uma anomalia. Ainda assim, elas foram estabelecidas por pragmatismo, no interesse de fazer com que o andamento do processo não

⁴⁶⁵ Malgrado não haja disposição expressa, curial que seja anexada ao mandado cópia da ação penal, a fim de ser entregue ao citando, conjuntamente com a contrafé.

⁴⁶⁶ Súmula nº 351 do Supremo Tribunal Federal: “É nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da federação em que o juiz exerce a sua jurisdição”.

sofresse solução de continuidade devido à maior dificuldade em se fazer a citação pessoal. Contudo, quando a revelia decorrente da citação por edital passou a acarretar a suspensão do processo, o que veio a ser previsto com a alteração do caput do art. 366 do Código de Processo Penal promovida pela Lei nº 9.271, de 1996, a possibilidade abrangente de citação por edital deixou de ter sentido. A doutrina e a jurisprudência não admitiam a aplicação subsidiária do processo civil na parte em que dispõe sobre a citação por hora certa, em razão de expressa disposição legal no Código de Processo Penal ter elencado essa como hipótese para citação por edital.

A lógica do legislador originário do CPP, pertinente com o seu viés policialesco e inquisitivo, foi no sentido de que, se o acusado estava se escondendo, não se deveria perder mais tempo, providenciando-se, logo, a citação por edital. Porém, como salientado, devido a alteração posterior introduzida ao Código de Processo Penal, essa modalidade de comunicação passou a ser motivo para a suspensão do processo, quando, sendo o acusado revel, não tivesse havido a constituição de advogado. Isto é, a razão de ser do dispositivo perdeu sentido

Do mesmo modo, determinar-se, mesmo sabendo onde se encontrava o acusado, a sua citação por edital só porque ele estava no estrangeiro e o crime era afiançável, não se mostrava razoável, além de ser inútil, pois, muito provavelmente, o processo iria ficar suspenso, devido à revelia. A revogação desses dispositivos, por conseguinte, é bem-vinda.

Por outro lado, nos tempos de hoje e com a tecnologia existente e disponível para as comunicações, não se imagina mais situação em que haja um lugar inacessível, no território nacional, em razão de *epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior*. Em situação excepcional, como correu com a enchente em Santa Catarina, no final do ano de 2008, o razoável é determinar-se a suspensão dos prazos do processo. Ademais, se a pessoa é incerta, obviamente, incerto é, igualmente, o local no qual se encontra, de modo que essa hipótese já está abrangida pelo art. 361 do CPP, como caso para a expedição de edital. Até porque se a pessoa é incerta, mas, sabe-se lá como, é conhecido o lugar no qual se encontra, a citação pessoal pode ser realizada.

A despeito de toda a acuidade demonstrada no trato dessa questão⁴⁶⁷, ao que parece não se atentou para a modificação necessária ao inciso IV do art. 365 do Código de Processo Penal. Ora, o artigo em análise tornava obrigatória a indicação, no edital de citação, do “juízo e o dia, hora e o lugar em que o réu deverá comparecer”, apenas e porque, no rito procedimental anterior às alterações promovidas pela Lei nº 11.719, de 2008, a citação não era para que fosse apresentada a resposta, como é agora, mas sim para que o acusado comparecesse em Juízo, para fins de interrogatório⁴⁶⁸.

5.1.4.1. Citação por edital e suspensão do processo

Como decorrência do princípio da ampla defesa, mais especificamente da *defesa efetiva* e do *direito de participação ativa* em todo o desenvolvimento do processo, não se admite que o feito tenha curso sem que o acusado tenha conhecimento de que está sendo demandado. Dessa forma, já na concepção originária do Código de Processo Penal, deixou-se consignado que, a despeito de o agente ter o pleno discernimento quanto ao caráter ilícito de seu comportamento, caso iniciado o processo ou em seu curso for identificada a ausência de higidez mental, a solução alvitrada é a suspensão do processo. Isso porque, nesse caso, o acusado, além de não possuir a capacidade de compreender o que representa o processo, não tem condições de, ele próprio, fazer a sua autodefesa, por meio do interrogatório, nem muito menos colaborar com o seu assistente

⁴⁶⁷ É preciso sublinhar que na proposta da Comissão de Reforma, as modificações referentes a essa parte da citação por edital propunha modificação, apenas, para os arts. 363 e 366. No Parlamento, como se verá, as demais modificações forem feitas por emendas de parlamentares.

⁴⁶⁸ Cf. item 5.1.5.2, *infra*, em que o assunto, tendo em conta a data de início da contagem do prazo para a apresentação da resposta pelo acusado, será discutido com mais profundidade.

jurídico, na defesa técnica⁴⁶⁹.

Indo mais além, porém na mesma linha de pensamento, a Lei de nº 9.271, de 1996, estabeleceu que, quando o acusado, citado por edital, for revel e não tiver constituído advogado, a consequência direta daí decorrente será a suspensão do processo, diante da incerteza quanto à sua ciência sobre o processo instaurado contra si. Dessa forma, a revelia, que no processo penal, diferentemente da seara cível, não implica em perda da oportunidade de defesa, nem muito menos em presunção *juris tantum* da veracidade dos fatos alegados na ação penal, passou a trazer outra consequência, quando, oriunda da citação por edital, não houver advogado constituído. Isso é porque, além de a ampla defesa, no campo criminal, importar na exigência de defesa efetiva, ela assegura ao acusado o direito de participar, querendo, do processo, direito que somente poderá ser exercitado caso ele, efetivamente, saiba da existência do processo⁴⁷⁰. Como a citação por edital é uma ficção de que houve a comunicação judicial, ela, por si só, não serve para presumir, na hipótese em que o acusado é revel, que ele tem o efetivo conhecimento de que há uma demanda criminal contra si.

Em rigor, há duas ficções, uma como consequência da outra. Como a citação por edital é uma ficção de que o acusado tomou conhecimento do chamamento judicial, também há a ficção de que ele não soube desse ato judicial. Entre uma ficção e outra, o legislador, coerente com o sistema do *in dubio pro reo*, aqui plenamente pertinente, privilegiou aquela, mais benéfica ao acusado, em tema sobremaneira fundamental em um processo criminal focado na defesa efetiva.

Por isso mesmo, conforme já salientamos em outra oportunidade, se quer evitar que uma pessoa seja processada e condenada, sem que se tenha certeza de que ela, realmente, sabia da existência do processo⁴⁷¹. Coerente com essa premissa, o legislador considerou que, sem embargo de a citação ter sido levada a efeito por edital, se o acusado constitui advogado, a eventual revelia não tem o condão de suspender o processo, porquanto, nessa hipótese, resta inequívoco, por razões óbvias, que ele sabe que há uma imputação criminosa contra si.

O que se quer é ter a certeza de que o acusado sabe da existência do processo, e não apenas determinar a sua suspensão como consequência direta da revelia⁴⁷². Esta, por si só, não é causa da suspensão, mas apenas quando ela decorre de uma citação por edital e não há prova robusta de que o acusado tomou conhecimento do processo. Assim, se de outra forma houver comprovação de que o acusado tem ciência da demanda e de seus termos, mesmo que o processo tenha sido suspenso, deve o juiz retomar o seu curso. Pode ocorrer, por exemplo, a situação em que o acusado, cuja revelia tenha determinado a suspensão do processo, compareça em juízo, no desiderato de saber sobre o andamento da demanda. Em situação como essa, não parece razoável que o processo continue suspenso, sob a impressão de que ele é insciente quanto à imputação que lhe é feita. Pode-se sustentar não ser bastante ter a comprovação de que o incriminado, antes de fugir ou mesmo quando já foragido, foi comunicado informalmente por alguém a respeito da imputação criminosa que lhe é feita, mas sim a prova de que ele conhece os termos da denúncia oferecida contra si. Mas não parece que essa seja a mensagem da norma em destaque⁴⁷³. O fundamental é que o acusado saiba que a ação foi ajuizada e, por conseguinte, que o processo existe. Se ele prefere ficar, mesmo assim, escondido, trata-se de uma opção que lhe cabe, mas que não pode prejudicar o andamento do processo, com a sua suspensão.

⁴⁶⁹ Art. 152, caput e § 2º, do CPP.

⁴⁷⁰ Concretamente, o direito à autodefesa consiste nos direitos de o acusado ser intimado dos atos do processo, de participar das audiências e de exercer o *ius postulandi*.

⁴⁷¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 723.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Esse posicionamento, em outro trabalho, pareceu ser bastante razoável (**Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 723). Em razão de maior meditação sobre o tema, entretanto, não se mostra a solução mais adequada.

5.1.4.2. Citação por hora certa

A preocupação com a celeridade, pela própria razão de ser do sistema criminal, é algo bastante evidente, seja ele de ditatorial ou arquitetado sob perfil democrático. Nessa toada, a celeridade do processo foi pensamento dominante e latente na redação originária do Código de Processo Penal, embora, não se deva esconder, e se tenha de compreender, que isso foi próprio da ideologia ditatorial e policialesca abraçada pelo legislador de então, orientado pela Carta de 1937.

Assim, quanto à comunicação ao acusado do ajuizamento de ação penal, em relação às hipóteses de sua realização por meio de edital, ao invés de prever a citação por hora certa, o legislador, tendo em mira imprimir maior celeridade ao andamento do processo, incluiu a situação em que ele se esquivava para não ser encontrado pelo oficial de justiça.

Com efeito, consoante a redação primitiva do Código de Processo Penal, “Verificando que o réu se oculta para não ser citado, a citação far-se-á por edital, com o prazo de 5 (cinco) dias” (art. 362 do CPP), restando salientado que “O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado” (art. 366 do CPP).

Com essa disciplina, observa-se que a *citação por edital* na hipótese em que, sendo certo o endereço do acusado, ele se esquivava para não ser citado, foi concebida pelo legislador na redação originária do Código de Processo penal para não atrapalhar o trâmite processual.

Com essa disciplina, observa-se que a *citação por edital* na hipótese em que, sendo certo o endereço do acusado, ele se esquivava para não ser citado, foi concebida pelo legislador na redação originária do Código de Processo penal para não atrapalhar o trâmite processual.

Era uma forma de sancionar processualmente com a citação por edital, o acusado que, sabedor da demanda que havia contra ele, procurava, com a atitude de se esconder e evitar a comunicação processual, comprometer o andamento do processo ou, apenas, ganhar tempo, até mesmo para beneficiar-se da prescrição. Privilegiava-se, assim, o andamento do processo em detrimento da estratégia do acusado.

Todavia, como aqui já foi ressaltado, a partir do momento em que a citação por edital, quando o acusado é revel e não constitui advogado, passou a ser hipótese de suspensão do processo, perdeu sentido a solução então alvitada⁴⁷⁴. Atento à necessidade de rearranjo do sistema, comprometido devido a essas alterações pontuais a que foi submetido o Código de Processo Penal, acertadamente, com a Lei nº 11.719, de 2008, deu-se um novo tratamento para a situação.

A Lei nº 11.719, de 2008, em consonância com o pensamento aqui esposado, em boa hora, introduziu no Código de Processo Penal o instituto da citação por hora certa, nas hipóteses em que o acusado se oculta para não ser citado. Essa previsão diminui a aplicação do art. 366, pois, agora, quando não for caso de acusado foragido, em lugar incerto e não sabido, mas que apenas se esconde para não ser citado, ao invés da expedição de edital, o juiz deverá determinar a citação por hora certa, preservando, assim, o andamento do processo, mesmo se ocorrer a revelia.

Nesse particular, são imerecidas as críticas que, aqui e ali, são ouvidas a respeito desse assunto. Não se pode negar que a citação por hora certa, tal qual a por edital, é hipótese de citação ficta. Mas a primeira difere, substancialmente, da segunda.

Na citação por hora certa, sabe-se que o acusado ainda reside em um determinado local, mas, de toda sorte, o oficial de justiça, após diligências frustradas, conclui que ele não está sendo encontrado, pois está se esquivando. Para diferenciar substancialmente essa situação daquela em que o acusado é considerado em lugar incerto e não sabido que é hipótese de citação por edital, o legislador teve a cautela de determinar a aplicação da disciplina alvitada pelo Código de Processo Civil em relação à matéria, estampada do art. 252 ao 254.

Por conseguinte, para a validade da citação por hora certa, o oficial de justiça terá de realizar *02 (duas) diligências* à procura do acusado em seu domicílio ou residência e, caso tenha suspeita de que ele está se ocultando para não receber a comunicação judicial, deve intimar uma

⁴⁷⁴ Cf. item 5.1.4.4, infra.

pessoa da família, ou, não sendo possível, qualquer vizinho, com a informação de que no dia imediato, em hora fixada, voltará para realizar o ato.

Observe-se que, em verdade, o oficial de justiça realiza 03 (três) *visitas* ao domicílio ou residência do acusado, sendo que a última com prévia intimação de um familiar ou vizinho, informando o dia e hora em que comparecerá novamente ao local (art. 252, caput, do NCPC), sem embargo da providência contida no art. 254 do mesmo Diploma Normativo (“Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu... no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.”)

A presunção de veracidade da certificação do oficial de justiça, que deve ser feita no mandado (art. 253, § 3º, do NCPC), gera a certeza, *juris tantum*, de que o acusado sabe que há no Judiciário uma imputação criminosa contra ele, mas, por não querer responder por ela, procura embarçar a movimentação da máquina jurisdicional, esquivando-se da citação pessoal. Ora, se o acusado, possuindo endereço certo, se esquivava para não receber a comunicação processual, isso é prova incontestada de que ele sabe que há uma demanda contra si.

O acusado, por óbvio, não pode se beneficiar com a suspensão do processo, ainda que temporária, mediante essa torpeza. Não adianta dizer que a suspensão do processo, com a consequente suspensão do prazo prescricional, por si só, já se traduz em ônus processual a ser suportado pelo acusado diante de sua atitude. É certo que a defesa é ampla, porém, mesmo na seara criminal, há limites, dentre eles o que não tolera a utilização de ardis para evitar o trâmite normal do processo. Isso não é legítimo nem muito menos admissível.

Por outro lado, a paralisação do processo criminal é maléfica sobre os mais variados aspectos, notadamente no que diz respeito à aplicação da sanção ou medida criminal que, quanto mais tardia, mais ineficiente e menos necessária se mostra⁴⁷⁵. A suspensão do processo traz grave prejuízo para a instrução do processo, pois ele sempre é calcado em fatos sobre os quais são imprescindíveis os depoimentos da vítima e das testemunhas, elementos probatórios cuja credibilidade tem muito a ver com o espaço temporal existente entre a data da ocorrência do fato criminoso e aquela em que se dá a audiência judicial. Isso porque a psicologia judiciária comprova que, naturalmente, com o passar do tempo, a memória sobre os fatos passa por processo de glosa, de modo que detalhes, por vezes deveras importantes, são esquecidos, permanecendo vivas apenas as partes nucleares do acontecimento.

Ademais, o desgaste decorrente da demora do processo recai única e exclusivamente sobre o Judiciário, a gerar uma sensação de impunidade que compromete, sobremaneira, a credibilidade, em si, do sistema e é, sim, fator que alimenta a criminalidade. Não se pode esquecer, nessa questão, até em homenagem à justiça restaurativa, que a família da vítima e as pessoas que se sentem mais atingidas com o fato criminoso reclamam, até para uma satisfação psicológica, o encerramento do processo, com o respectivo julgamento. É evidente que o pronunciamento judicial não fica comprometido com aquilo que a *sociedade/opinião pública* quer, porém, deve-se ter preocupação com a duração razoável do processo.

Por isso mesmo, a suspensão processual nesse caso é assunto que deve ser tratado tendo em consideração não só o preceito da ampla defesa, mas igualmente o *amplo acesso à justiça* pelos interessados na responsabilização criminal de quem praticou a conduta ilícita. Impor a paralisação do processo devido à revelia importa, em outra ponta, na negativa do acesso à justiça, que compreende, como se sabe, o direito a um pronunciamento judicial em tempo razoável e eficiente.

Há precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre a validade da citação por hora certa na seara criminal, cuja ementa do acórdão redigida nos seguintes termos:

EMENTA; RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESUAL PENAL. CITAÇÃO POR HORA CERTA. VALIDADE. ESGOTAMENTO DOS MEIOS. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. VIA IMPRÓPRIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO.

⁴⁷⁵ Cf. item 3.2.2.3, supra.

CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO É VIDENCIADO.

Tem-se por válida a citação por hora certa realizada nos autos, diante da informação de que foram empreendidas as diligências necessárias à localização do denunciado, bem assim de que havia indícios da sua ocultação para não ser citado. Precedentes.

(...) (STJ, RHC 31421/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., un., j. em 08.05.2012, DJe 21.05.2012)

Na linha desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em decisão do Pleno, por maioria, no julgamento do RE 635.145/RS, em que Relator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, afastou a tese da inconstitucionalidade da citação por hora certa, deixando assim consignada a ementa do acórdão⁴⁷⁶:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. CITAÇÃO POR HORA CERTA. ARTIGO 362 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362, do Código de Processo Penal. 2. A conformação dada pelo legislador à citação por hora certa está de acordo com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica. 3. A ocultação do réu para ser citado infringe cláusulas constitucionais do devido processo legal e viola as garantias constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo. 4. O acusado que se utiliza de meios escusos para não ser pessoalmente citado atua em exercício abusivo de seu direito de defesa. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

No referido julgado, restou firmada a seguinte tese: “É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362 do Código de Processo Penal”. Por conseguinte, a citação por hora certa para o ambiente do processo penal, merece aplauso, em especial porque o legislador, a fim de espancar qualquer dúvida a respeito, tratou de esclarecer que “Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo” (Parágrafo único do art. 362 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008), não sendo, assim, corretamente, prejudicado o andamento do processo.

5.1.4.3. Formação do processo

O art. 363 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008, deixa expresso que “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”. Esse dispositivo não constava da proposta da Comissão de Reforma.

A regra preceituada tem razão de ser, que não é meramente acadêmica. É de sabença que, nada obstante o apuro dogmático do Código de Processo Civil de 1973, não havia um dispositivo expresso dizendo quando se reputava formada a relação processual. Coube à doutrina dizer que tal ocorre, independentemente de qualquer coisa, com a citação.

Independentemente do tipo de citação, se por mandado, com ou sem hora certa, ou por edital, assim como de ter, ou não, ocorrido a suspensão do processo devido à revelia, o chamamento ao processo é válido e a relação processual está formada na sua triangulação — autor, juiz e réu. Apenas o prazo para a defesa, quando se tratar de revelia com suspensão do processo, é que não começou, ainda, a fluir⁴⁷⁷.

É verdade que, diante da doutrina formada entre os processualistas civis, essa regra jurídica não era de fundamental necessidade. De qualquer forma, ela contribui para uma compreensão sistêmica do ordenamento criminal.

⁴⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 01/08/2016. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 9 jul. 2018.

⁴⁷⁷ Quanto ao início da contagem do prazo, quando se trata de citação por edital, cf. item 5.1.5.2, infra.

5.1.4.4. Suspensão do processo em razão da revelia e prisão preventiva

Embora não tenha havido, com a reforma do Código de Processo Penal promovida com a Lei nº 11.719, de 2008, nenhuma modificação quanto ao conteúdo do caput do art. 366 do Código de Processo Penal, a visão sistêmica do ordenamento processual impõe alguma consideração a seu respeito. Como já foi aqui salientado, esse texto foi modificado pela Lei nº 9.271, de 1996, a fim de estabelecer o seguinte:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

§ 1º. As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo.

§ 2º. Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ulteriores atos.

Esse dispositivo, porém, suscitou acirrada discussão na doutrina, que transbordou para os tribunais, uma vez que, sem que fosse hipótese prevista na Constituição, a partir do momento em que o caput estabeleceu a suspensão *sine die* do prazo prescricional, findou por criar mais um caso de imprescritibilidade de ilícito penal. Considerável parte da doutrina passou a sustentar que o rol estampado nos incisos XLI e XLIV do art. 5º da Constituição não podia ser alargado pelo legislador infraconstitucional, de modo que a interpretação conforme leva à conclusão de que o lapso temporal de suspensão é delimitado pelo prazo prescricional previsto para o crime. Assim, suspenso o processo devido à revelia, atingido o espaço de tempo da prescrição, o prazo voltaria a correr.

Essa tese, porém, em primeiro instante, foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁷⁸. No entanto, no RE 600851, em votação pelo Plenário Virtual, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral quanto ao tema, não havendo, porém, ainda a definição a respeito. De qualquer sorte, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 415, definiu a questão, ao firmar o entendimento de que “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”.

Esse assunto ocupou a preocupação do Parlamento, a ponto de este aprovar o inciso I do §2º do art. 363 do CPP. Vejam o texto aprovado pelo Parlamento que, no entanto, findou sendo vetado pelo Executivo:

Art. 363 O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.

§ 1º Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital;

§ 2º Não comparecendo o acusado citado por edital, nem constituindo defensor:

I — ficará suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição em abstrato

do crime objeto da ação (art. 109 do Código Penal); após, recomeçará a fluir aquele;

II — 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;

III — o juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, nos termos do disposto nos arts. 312 e

313 deste Código.

§ 3º As provas referidas no inciso II do § 2º deste artigo serão produzidas com a prévia intimação

do Ministério Público, do querelante e do defensor público ou dativo, na falta do primeiro,

designado para o ato. (NR)

Como se verifica, a proposta era que o conteúdo do então § 1º do art. 366 do CPP (“As

⁴⁷⁸ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Data da decisão: 19/12/2006. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/Informativo. Acesso em: 17 nov. 2008.

provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo”) passasse a fazer parte do inciso II do § 2º do art. 363, do mesmo Diploma Legal. Por isso mesmo, nada mais natural que ficasse consignada no art. 3º da Lei nº 11.719, de 2008, a revogação expressa do § 1º do art. 366. Do mesmo modo, como o art. 363, caput, do CPP, passou a discorrer que a citação tem o condão de completar a formação do processo, esclareceu-se que o § 2º do mesmo art. 366 normativo também fora revogado.

Por conseguinte, a Lei nº 11.719, de 2008, revogou o § 1º do art. 366 do Código de Processo Penal porque o mesmo conteúdo normativo passou a ocupar o inciso II do § 2º do art. 363 do CPP. Diante disso, como o texto do art. 366, caput, ficava integrando o inciso I do § 2º do art. 363 do Ordenamento Processual Penal, o Legislativo aprovou a seguinte redação para aquele dispositivo: “A citação ainda será feita por edital quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu”.

Acontece que o Presidente da República vetou o § 2º do art. 363, pelo que teve de vetar, igualmente, o § 3º, que fazia reminiscência àquele e, como não poderia deixar de ser, a nova redação proposta para o art. 366, todos do CPP. Em verdade, o veto presidencial aos referidos parágrafos decorreu de um erro da Mesa da Câmara dos Deputados. Isso porque, em razão dos debates na Câmara dos Deputados, foi aprovada a proposta de que, transcorrido o prazo máximo previsto para a infração penal, a prescrição, suspensa em decorrência de revelia, recomençaria a fluir. Porém, por erro, no texto enviado pela Câmara para o Senado não constou, expressamente, a ocorrência, igualmente, da suspensão do processo. Assim, a disposição literal do texto dispunha que a revelia teria o condão de suspender a prescrição, que retomaria o seu curso após o lapso temporal previsto para a pena em abstrato, mas não a suspensão do processo, o que seria uma incongruência ímpar.

No Senado, essa incongruência foi percebida, sendo providenciada a correção do texto. Mas, quando a Secretaria da Mesa da Câmara enviou a lei aprovada para a sanção presidencial, verificou-se, no Executivo, que a versão era aquela primeira, sem a correção feita no Senado. Em razão disso, o Presidente, para evitar dúvidas a respeito, preferiu vetar os dois parágrafos em referência⁴⁷⁹.

Dessa forma, não se pense que a revogação do § 1º do art. 366 do Prescritor Normativo Criminal tenha sido motivada pela intenção de coibir, quando o processo estiver suspenso em razão da revelia, a produção antecipada das provas e muito menos de deixar de tornar obrigatórias as presenças do Ministério Público e do defensor dativo. Até porque no caput do art. 366, expressamente, há a previsão quanto à possibilidade de o juiz determinar a produção antecipada.

No entanto, no caso de suspensão do processo devido à revelia, a produção antecipada da prova não é automática, de modo que se exige decisão fundamentada do juiz, demonstrando a necessidade da medida. Nesse sentido, a Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça, ao deixar expresso que “A decisão que determina a produção antecipada de prova com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do prazo”.

⁴⁷⁹ “As razões do veto presidencial estão assim expostas: “A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2o do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório. Em virtude da redação do § 3o do referido dispositivo remeter ao texto do § 2o há também que se indicar o veto daquele. Cumpre observar, outrossim, que se impõe ainda, por interesse público, o veto à redação pretendida para o art. 366, a fim de se assegurar vigência ao comando legal atual, qual seja, a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese do réu citado por edital que não comparecer e tampouco indicar defensor. Ademais, a nova redação do art. 366 não inovaria substancialmente no ordenamento jurídico pátrio, pois a proposta de citação por edital, quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu, reproduz o procedimento já previsto no Código de Processo Civil e já extensamente aplicado, por analogia, no Processo Penal pelas cortes nacionais.”(BRASIL. Presidência da República. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2008.)

No mesmo sentido, no julgamento do HC 135.389, ocorrido em 2 de agosto de 2017, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, a respeito do tema, fixou a seguinte tese: “A antecipação da prova testemunhal configura medida necessária quando, considerando-se a gravidade do crime praticado, houve a possibilidade concreta de perecimento de detalhes importantes dos fatos em decorrência do decurso do tempo”.

A produção da prova antecipada tanto pode ser documental quanto oral. No caso de prova documental é mais difícil caracterizar a necessidade de produção antecipada. Mas, mesmo assim, pode estar caracterizada, por exemplo, se se tratar de requisitar as imagens captadas da ação ilícita por meio da câmara de segurança de um determinado estabelecimento, na medida em que elas são conservadas, de regra, mesmo quando se trata de órgão público, por um determinado período.

Quando a hipótese é de testemunha ocular do crime, a exemplo do que ocorre em crimes de roubo, a imprescindibilidade de se providenciar desde logo as oitivas de quem presenciou o delito por vezes está caracterizada. Aqui há um risco concreto de as testemunhas esquecerem detalhes importantes sobre o episódio, comprometendo a futura instrução. Nessa situação, deve ser levada em consideração a data da ocorrência do crime. Se entre a data do crime e o momento da suspensão já tiver decorrido lapso temporal considerável, pertinente o juiz, com fulcro nessa circunstância, justificar a necessidade da produção antecipada da prova.

Essa medida em si não traz prejuízo concreto para o acusado revel. Até porque, em um sistema acusatório, ainda em se tratando de prova antecipada, obviamente, a ouvida de qualquer testemunha, ou mesmo vítima, enfim, a produção de toda e qualquer prova, necessita, obviamente, ser ante a presença do Ministério Público, na qualidade de autor, e de um defensor do acusado, a despeito de sua revelia.

A revogação do § 2º do art. 366 do CPP não restou afetada, pois a matéria que era por ele tratada, como se disse, ficou disciplinada no caput do art. 363 do CPP.

A esse respeito, em verdade, havia uma incongruência técnica. O comparecimento do acusado não serve para perfectibilizar a citação, sequer para transformar a citação por edital em pessoal. O comparecimento do acusado ou de seu defensor em cartório serve, apenas, para demarcar a contagem do prazo para a apresentação da resposta. Assim, diante do rigor técnico que se quis imprimir, a revogação do § 2º do art. 366 pela redação do art. 363, caput, ambos do CPP, foi adequada.

Em síntese, diga-se que as revogações dos § 1º e 2º do art. 366 do CPP não comprometem, em mínima medida, o conteúdo do respectivo caput.

É importante, nesse espaço, fazer algumas considerações a respeito da previsão contida na parte final do caput do art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 9.721, de 1996, que dispõe sobre a possibilidade de o juiz determinar a prisão preventiva, em decorrência da suspensão do processo. Ainda que o Código de Processo Penal, na primeira parte do art. 366, caput, do CPP, diga que, nesse caso, será determinada a suspensão do prazo prescricional, isso, para todos efeitos, não sana os prejuízos acarretados ao processo, com a sua paralisação.

Ficando os autos paralisados, cujo andamento sujeita-se à vontade do acusado, o princípio da duração razoável do processo resta severamente comprometido e, mesmo, a imagem do Judiciário, sobre quem recai a pecha de moroso e cúmplice da impunidade.

E não é só. Há prejuízo concreto para a instrução processual. Ainda que admissível a prova antecipada, isso somente é autorizado em relação àquelas que forem consideradas *urgentes* (art. 366, caput, segunda parte, do CPP). O prejuízo se dá essencialmente em relação à prova testemunhal, pois, de acordo com a psicologia forense e mesmo a experiência adquirida com o exame dos casos concretos, quanto maior for a distância temporal entre o fato criminoso e a audiência de instrução, menos preciso será o depoimento.

Se não fosse decretada a prisão do acusado, ninguém iria procurá-lo e poderia ocorrer, até, que estivesse preso, em alguma unidade prisional, mas sem que o agente penitenciário nem a autoridade policial ou judiciária soubesse que há outro processo criminal contra ele paralisado, devido ao seu desaparecimento. O conhecimento desse fato somente seria possível caso fosse

decretada a prisão preventiva, pois o Banco Nacional de Mandados de Prisão — BNMP então criado pelo Conselho Nacional de Justiça, hospedava apenas os mandados de prisão em aberto⁴⁸⁰.

Não eram raros os casos em que decretada a prisão preventiva com suporte na conveniência da instrução processual decorrente da suspensão do processo ocasionada pela revelia, logo depois, o feito retomava o seu curso normal, pelo fato de o acusado ter sido encontrado no cumprimento do mandado de prisão.

Por isso mesmo, o *caput* do art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 9.721, de 17 de abril de 1996, tornou o acontecimento suficiente para a caracterização de hipótese para a decretação de prisão preventiva, muito embora, para tanto, naturalmente, tenha o juiz que fundamentar a decisão que não se restringe à necessidade para a instrução do inquérito ou do processo, mas igualmente para assegurar a aplicação da lei penal. Com efeito, a jurisprudência vem tomando posição menos tolerante com a condição de foragido, de modo que esse é um dado objetivo a ser levado em consideração para se examinar se o caso é, ou não, para a decretação da prisão.

No item 6.1.6.2.1, *infra*, será feita a abordagem desse assunto de forma mais densa, quando da discussão sobre um dos fundamentos que autorizam a decretação de medida cautelar detentiva, no caso, a *necessidade da aplicação da lei penal*, com referência a julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que dão suporte ao entendimento aqui sufragado. Aliás, a jurisprudência em tese do Superior Tribunal de Justiça, esposada na Edição nº 32, firma o entendimento de que “1) A fuga do distrito da culpa é fundamentação idônea a justificar o decreto da custódia preventiva para a conveniência da instrução criminal e como garantia da aplica lei penal”⁴⁸¹, mas esclarece que “6) a citação por edital do acusado não constitui fundamento idôneo para a decretação da prisão preventiva, uma vez que a sua não localização não gera presunção de fuga”.

O mandado de prisão, em casos que tais, se assemelha a um *mandado de procura*, isto porque a necessidade da decretação da medida preventiva se exaure com a eliminação do motivo que ensejou a suspensão do processo. Por isso mesmo, o mero comparecimento do acusado em Juízo ou a constituição de advogado, por si só, já acarreta a revogação da suspensão do processo, de modo que a prisão preventiva que foi decretada por conveniência da instrução criminal torna-se desnecessária, por perda do objeto.

Por outro lado, nesse caso, ainda que feita a prisão do acusado, a sua custódia somente se justifica até o momento em que ele for cientificado, pessoalmente, da demanda existente, que serve, conquanto a citação feita por edital seja válida, e a formação processual já tenha sido integralizada, apenas para o fim de revogar a suspensão do processo, e dar início à contagem do prazo para a resposta.

Daí por que, depois disso, sanada a paralisação do processo, a liberação do acusado se impõe, a não ser que a decretação da prisão tenha outro fundamento, como a necessidade da manutenção da ordem pública ou econômica ou, então, demonstrado, com base em dados concretos, o receio de fuga.

O legislador deveria ter previsto a possibilidade de o juiz determinar a expedição de uma espécie de *mandado de procura ou busca*, sempre que fosse determinada a suspensão do processo devido à revelia tratada no art. 366 do CPP. Mas, infelizmente, nada foi tratado a respeito.

Todavia, o Conselho Nacional de Justiça se preocupou com a situação. Com a nova versão do BNMP, instituído pela Resolução nº 417, de 20 de setembro de 2021, o CNJ fez o que o legislador deveria ter feito. Ademais de promover a alteração da nomenclatura para *Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0)*, o ato normativo em referência teve a preocupação com a matéria, fazendo a previsão de que o juiz deve registrar nesse banco de dados o *mandado de condução coercitiva para fins do artigo 366 do CPP* (art. 2º, IX).

Essa medida, estreme de dúvidas, é bem melhor do que a expedição do mandado de prisão

⁴⁸⁰ Cf. item 6.2.9.3, *infra*, que discorre sobre o BNMP.

⁴⁸¹ BRASIL.www.Corpus927.enfam.jus.br/Legislacao/cpp-41. Busca em: 10 jul. 2018.

apenas para o fim de ser conhecido o paradeiro do acusado revel e, conseqüentemente, viabilizar a citação pessoal. Malgrado a resolução em causa não especifique, ao invés de determinar a prisão, o juiz deve determinar a expedição do mandado de condução coercitiva para os fins do art. 366 do CPP, o que não se confunde com a condução coercitiva tratada no art. 260 do Código de Processo Penal, corretamente considerada revogada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADPFs 395 e 444.

O juiz deve expedir o mandado de condução coercitiva do acusado revel, registrar no BNMP, e enviar para a autoridade policial, para fins de cumprimento. A crítica que se faz é que, em verdade, a matéria deveria ser tratada em lei, mediante inclusão de dispositivo no Código de Processo Penal. De outro lado, o melhor seria que fosse utilizada a expressão *mandado de procura*, a fim de não se confundir com a figura do art. 260 do CPP.

5.1.5. Princípio da ampla defesa

Na tradição do constitucionalismo brasileiro, o princípio da ampla defesa, além de ser estabelecido com status de direito fundamental apenas para o ambiente criminal, é previsto tão somente para o acusado⁴⁸². A Constituição de 1988 inovou, a esse respeito, para estabelecer esse postulado, igualmente, para a seara do processo civil, tendo como destinatários tanto o autor quanto o réu. Porém, em relação ao campo criminal, a cláusula da ampla defesa permaneceu restrita ao acusado, a revelar que, conquanto o processo penal se baseie no modelo acusatório, a defesa deve ser mesmo privilegiada em relação à persecução criminal. Por conseguinte, se à defesa é conferida atenção especial mercê da incidência do princípio da presunção de não culpabilidade, notadamente quanto à valoração da prova, a compreensão do verdadeiro alcance do princípio da ampla defesa na área criminal mostra que essa cláusula é a pedra de toque de um sistema elaborado sob a batuta dos direitos fundamentais⁴⁸³.

O *due process of law*, de criação americana a partir da inclusão, por meio das primeiras emendas, da declaração dos direitos fundamentais na Constituição, ou o *giusto processo*, vale repetir, é o regramento do exercício do dever-poder da persecução criminal pelo Estado, normas de proteção que, em essência, se traduzem em regras que circundam o exercício da defesa em si, que é o seu núcleo⁴⁸⁴.

Não é sem razão que a inteligência da jurisprudência estabelecida pela Corte Constitucional espanhola a respeito da inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos preceitua que, em relação à prova derivada, a orientação deve ser no sentido de sua contaminação, quando, no caso concreto, ela comprometer o exercício da ampla defesa.

Há, em verdade, uma distinção ontológica entre a ampla defesa no processo criminal e no civil. Como se disse, além de no primeiro ele estar expresso apenas em relação ao acusado, em

⁴⁸² No Direito Comparado também se observa que o direito de defesa surgiu como uma garantia processual pertinente ao ambiente criminal, mais especificamente a quem é réu, tal como se percebe da leitura das Constituições dos Estados Unidos, da Espanha e de Portugal. Nas Constituições alemã e italiana, porém, o direito de defesa está assegurado de forma genérica, com incidência tanto na seara criminal quanto na cível.

⁴⁸³ No livro Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal, elege-se o princípio da ampla defesa como uma das seis categorias lógicas, decorrentes da compreensão dos direitos fundamentais, que forma, ao lado dos princípios do devido processo legal (em sentido estrito), da presunção de não culpabilidade, do direito à intimidade em geral, do sistema acusatório e do direito à liberdade, a espinha dorsal do sistema processual penal. Nessa análise, a ampla defesa abrange o direito ao silêncio e a garantia da inviolabilidade da advocacia. O direito ao silêncio, por sua vez, ao ser alçado a nível constitucional, como consequência, tornou o interrogatório com genuína natureza jurídica de defesa, não mais de prova, na qualidade de direito de o acusado ser ouvido (audiência) pelo responsável pelo seu julgamento (direito à identidade física do juiz) e o direito de recorrer. (p. 694-793).

⁴⁸⁴ Antes da processualização do direito de punir, o acusado não era chamado para o processo a fim de se defender, mas para ser objeto de prova. Estabelecendo uma nova fase, a Sexta Emenda à Constituição americana afirmou como direito fundamental do acusado o direito de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação, de ser acareado com as testemunhas, de obter o comparecimento compulsório de testemunhas de defesa e contar com a assistência de um advogado para a sua defesa.

sede criminal esse postulado não se basta no oferecimento da oportunidade para a apresentação da defesa, precisa ser *efetiva e eficiente*. Por isso mesmo, a revelia, no processo civil, importa em perda da oportunidade para a manifestação da defesa e, como regra, torna incontrovertidos os fatos alegados na exordial, enquanto no processo penal a revelia importa, apenas, na perda do direito de o acusado ser intimado de todos os atos do processo⁴⁸⁵.

A defesa efetiva quer dizer que ela tem de ser produzida, independentemente da vontade do acusado. Por mais que o acusado se ache culpado e queira, por meio da confissão, que a pena lhe seja aplicada, ainda assim, terá de haver o processo e a efetiva defesa, com assistência jurídica desenvolvida por advogado constituído, oferecida pelo Estado, por meio da Defensoria Pública, ou por pessoa nomeada pelo juiz, que tem de ser bacharel em direito. O brocardo jurídico *nulla poena sine iudicio* é, em certa medida, a sedimentação da ampla defesa, na dimensão de sua efetividade.

A ampla defesa importa não apenas na necessidade de que a defesa seja efetiva e eficiente no sentido técnico, isto é, exercida por meio de advogado habilitado, como igualmente que o acusado seja intimado pessoalmente para participar e tomar ciência dos atos processuais, sob pena de nulidade, aceitando-se, ainda, que, em alguns casos, ele *fale* nos autos. Isso quer dizer que o acusado, além da assistência jurídica, detém o direito de participar dos atos processuais e, em alguns casos, de ele próprio fazer a sua autodefesa⁴⁸⁶. O direito à autodefesa é de três ordens: direito de (1) *ser cientificado* dos atos processuais, (2) *estar presente* às audiências e, por fim, (3) *falar nos autos*⁴⁸⁷.

Além do direito de ser citado, que é a forma com que lhe é dado conhecimento da existência de uma demanda judicial contra si, o acusado, ao contrário do que sucede no processo civil, detém o direito de ser intimado pessoalmente da data da realização das audiências, das decisões interlocutórias e, ainda, da sentença⁴⁸⁸. É a forma de assegurar-lhe a participação direta no processo criminal, não só para acompanhar o desenrolar da relação processual, dando auxílio ao seu advogado, mas também para que ele possa verificar se o seu direito de liberdade está sendo eficientemente tutelado por meio do desempenho de seu advogado ou defensor constituído. A ausência de intimação da data de realização das audiências leva à nulidade relativa, enquanto a irregularidade quanto à comunicação sobre as decisões interlocutórias e a sentença importam em impedir a preclusão para o ajuizamento de eventual recurso, uma vez que o prazo recursal somente começa a fluir a partir da última intimação, sendo irrelevante se a primeira foi ao acusado ou a seu advogado⁴⁸⁹.

Sem embargo do direito de ser intimado dos atos processuais, o acusado tem o direito de estar presente às audiências (*The right to be present*) e delas participar ao lado de seu advogado⁴⁹⁰. O direito de presença não está expresso na Constituição de 1988, mas foi objeto de reconhecimento normativo logo com a edição da Sexta Emenda à Constituição americana, na medida em que ali

⁴⁸⁵ Salvo o caso de suspensão do processo.

⁴⁸⁶ Antonio Scarance sustenta que “Quando nas Constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para observância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa.” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 258)

⁴⁸⁷ Na compreensão do direito de falar nos autos, está o direito ao interrogatório, denominado, no Direito português, de direito de audiência. Pela especificidade e relevância do assunto, esse direito, como uma das espécies de autodefesa decorrente do direito à ampla defesa, será estudado no momento do interrogatório. Cf. item 5.1.5.7, *infra*.

⁴⁸⁸ A falta de intimação ao acusado da audiência, ainda que feita ao seu defensor, é causa de nulidade, se bem que relativa, o que exige, por conseguinte, a demonstração de prejuízo.

⁴⁸⁹ Tourinho Filho cita várias decisões nesse sentido (RSTJ, 2/230; RT, 607/419, 609/439, 612/390, 622/318, 645/326, 646/382), mas ressalta que, no seu entendimento, caso o defensor seja por primeiro, após a intimação do acusado, esta deve ser renovada, fazendo, em relação a essa posição, referência a decisões registradas na RT, 541/400, 596/305, 576/358, 598/324; JTACrimSP, 42/164, 44/164m 44/104, 58/199 (**Código de processo penal comentado**. v. 2. p. 279). Naturalmente que, quando a intimação da decisão interlocutória ou da sentença é feita apenas ao advogado ou defensor constituído, tendo sido interposto o recurso, resta obviada a irregularidade processual pela ausência de intimação pessoal do acusado.

⁴⁹⁰ No Código de Processo Penal português, o acusado tem o direito de “Estar presente aos atos processuais que directamente lhe disserem respeito” (art. 61º, 1, a), que se traduz, conforme Costa Pimenta, em direito de presença (PIMENTA, José da Costa. **Código de processo penal anotado**. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, [19--?], p. 204).

ficou assegurado ao acusado o direito de ser acareado com as testemunhas arroladas contra ele (“*The accused shall enjoy the right to... be confronted with the witness against him*”). O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no art. 14.3.d, diz que “Toda pessoa acusada terá direito ... a estar presente no julgamento”. Ainda que implicitamente, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, na medida em que veicula o “direito do acusado defender-se pessoalmente” e “... de inquirir as testemunhas presentes” (art. 8.2.d e f), também garante o direito de presença.

Essa garantia é para fins de permitir que o acusado preste auxílio na sua defesa feita em audiência, muitas vezes materializada com esclarecimentos fáticos importantes ao seu advogado ou defensor constituído, diante de afirmações feitas pelo ofendido, em suas declarações, ou pelas testemunhas, nas suas oitivas. O acusado não apenas tem o direito de participar da audiência, como de sentar ao lado de seu advogado e com ele conversar. Muito embora, na maioria das vezes, essa garantia seja preservada, especialmente quando se trata de julgamento pelo tribunal do júri, ainda há a prática inadequada de colocar o acusado sentado à frente da mesa do juiz, ladeado por dois policiais. Essa prática é condenável porque coloca o acusado em situação vexatória perante todos e sugere a sua culpabilidade para o corpo de jurados, além de afrontar, igualmente, o direito à ampla defesa que, em sua extensão, compreende, também, o direito de o acusado conversar com o seu advogado ou defensor nomeado, auxiliando-o na linha de argumentação e/ou nas perguntas que devem ser feitas em prol da defesa⁴⁹¹.

Conquanto tenha o direito de estar presente à audiência, a ausência do acusado, apesar de regularmente intimado, é irrelevante, não sendo causa de adiamento, ainda que justificada a impossibilidade de comparecer⁴⁹². Pode ser determinada, porém, a sua retirada do recinto, quando o seu mau comportamento recomendar ou na hipótese em que a sua presença venha a inibir o depoimento da vítima ou da testemunha, mas o art. 217 do CPP foi modificado pela Lei nº 11.719, de 2008, para alargar, ainda mais, o direito de estar presente, a ponto de estabelecer que, sendo possível, ao invés de determinar a saída do acusado da sala de audiência, deverá ser feita a inquirição da testemunha pelo sistema de videoconferência, prestando o depoimento em outra sala do fórum⁴⁹³.

A terceira dimensão do direito à ampla defesa na seara criminal é o reconhecimento de que o acusado, nada obstante tenha o direito de ter uma representação técnica no processo, exercida por advogado constituído ou defensor nomeado, ainda detém o direito de ele próprio, em muitas hipóteses, falar por si nos autos do processo⁴⁹⁴. É a autodefesa.

⁴⁹¹ Quem é advogado, especialmente quem possui militância na área criminal, sente a necessidade de se fazer acompanhar na audiência de seu cliente, pois há explicações imprescindíveis que precisam ser dadas, em razão de algumas afirmações feitas em depoimentos do ofendido e das testemunhas.

⁴⁹² No caso de expedição de carta precatória, não está assegurado ao acusado o direito de estar presente na audiência realizada perante o Juízo deprecado (Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Oitiva de testemunhas por precatória. 3. Prescindibilidade da requisição do réu preso, sendo bastante a intimação do defensor da expedição da carta precatória. 4. Desnecessidade de intimação do advogado da data da inquirição da testemunha. 5. Precedentes. 6. Recurso desprovido.” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: RHC — Processo: 81322, UF: SP, SEGUNDA TURMA, m.v. Data da decisão: 12/03/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 22 mar. 2005.) Esse é o entendimento da Súmula nº 273 do STF: “Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”.

⁴⁹³ Sobre a videoconferência, cf. item 5.1.5.3, infra.

⁴⁹⁴ Ada Pellegrini, Antonio Scarance e Gomes Filho, advertem que “... com relação especificamente aos recursos penais, deve-se observar que o art. 577 do CPP outorga ao réu legitimação concorrente e autônoma aos recursos, investindo-o igualmente de capacidade postulatória”, sendo possível, assim, que o acusado, independentemente de seu advogado, interponha o recurso (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 94). Isso somente é razoável em relação aos recursos em sentido estrito e de apelação, os quais, diferentemente das demais espécies recursais, possuem um procedimento com duas fases: a da interposição e a das razões. O que se reconhece ao acusado é o direito de interpor o recurso, pois aqui é suficiente a manifestação de vontade de impugnar a decisão ou sentença, sendo o seu defensor intimado para apresentar as suas razões, pois aquele não possui qualificação técnica para fazê-las. Na proposta de alteração do Código de Processo Penal enviada à Câmara dos Deputados pelo Governo Federal, que está em tramitação naquela casa legislativa, continua a previsão, nos arts. 577, caput, e 578, § 1º. O jus postulandi no processo de execução penal é amplo, pois, a capacidade postulatória é reconhecida não só a quem o represente, incluindo-se aí o advogado, como a ele próprio e mesmo

Antes da reforma operada em relação aos procedimentos, objeto das Leis nºs 11.689 e 11.719, de 2008, essa capacidade postulatória do acusado verificava-se já no início do processo, a partir da defesa prévia, pois o art. 395 do Código de Processo Penal, em sua redação anterior, dispunha que “O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas”. Em razão disso, se o denunciado quisesse, no seu próprio interrogatório, ele poderia indicar as testemunhas que tivesse a pretensão de que fossem ouvidas. Por outro lado, ele próprio podia, querendo, em substituição ao seu advogado, apresentar a defesa prévia, que se tratava de peça facultativa e, normalmente, era utilizada apenas para arrolar testemunhas e, de soslaio, afirmar, sem adiantamento da tese e dos aspectos a serem explorados na defesa, que, no final do processo, seria comprovada a inculpabilidade do inculpinado.

O interrogatório do acusado, corretamente, deixou de ser o primeiro ato de instrução do processo para ser o último (art. 400, caput, do CPP), ao passo que a defesa prévia foi eliminada⁴⁹⁵. Porém, assegurou-se ao acusado, no final da audiência de instrução, a possibilidade de requerer, independentemente da manifestação de seu advogado, “... diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução” (art. 402 do CPP)⁴⁹⁶.

Registre-se, por fim, que o inciso LXXIV do art. 5º dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, tendo o cuidado de antes assinalar que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5º, inciso LXIII). Assim, se o dever de assistência jurídica pelo Estado no âmbito cível se circunscreve àqueles que comprovarem *insuficiência de recursos*, na seara criminal é diferente, aplicando-se o inciso LXIII do art. 5º da Constituição, de modo que é irrelevante a circunstância de a pessoa possuir, ou não, condições financeiras, sendo obrigação do Estado garantir a assistência jurídica ao acusado.

De outra banda, na medida em que se entende que a expressão *preso*, utilizada pelo constituinte, em verdade, quer dizer toda e qualquer pessoa a quem se imputa a prática de algum tipo de crime, tem-se que o direito de *assistência de advogado* na esfera criminal, catalogado como direito fundamental no dispositivo em foco, é assegurado, igualmente, não apenas ao preso, mas ao acusado em geral. Tem-se, assim, que, estreme de dúvidas, a assistência jurídica por parte do Estado ao acusado é garantia prevista não apenas para quem não possui recursos suficientes para patrocinar a sua defesa, mas a toda e qualquer pessoa, como está dito no inciso LXIII do art. 5º da Constituição. A estruturação da Defensoria Pública, por conseguinte, é dever constitucional decorrente de garantia com status de direito fundamental.

5.1.5.1. Defesa efetiva do acusado

Uma das preocupações da Comissão de Reforma foi redefinir a defesa no processo penal,

ao seu cônjuge, parente ou descendente. Isso ocorre porque a experiência mostra que o momento mais crítico para a defesa da pessoa é justamente no processo de execução criminal, pois, nessa fase, geralmente ela perde a sua capacidade econômica para custear advogado, enquanto a Defensoria Pública, quando existe, não tem quadro suficiente para prestar a devida atenção a todos os condenados. Todavia, os arts. 15 e 16 da Lei nº 7.210, de 1984, em materialização ao preceito da ampla defesa na execução penal, asseguram a assistência jurídica aos presos e internados sem recursos financeiros. Em algumas ações autônomas, também está assegurado o jus postulandi. O habeas corpus é o maior exemplo de que a capacidade postulatória no processo criminal é assegurada como forma de conferir o mais amplo acesso ao Judiciário na defesa do direito de liberdade. Quanto à revisão criminal, está assegurado o seu ajuizamento pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado, permitindo-se, ainda, no caso de falecimento, que a ação seja ajuizada pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 623 do CPP).

⁴⁹⁵ O legislador, seguindo a mesma ideia que norteou a concepção do sistema do juizado especial e tendo em conta que o direito ao silêncio, elevado à categoria de direito fundamental, fez sobressair a natureza jurídica de direito de defesa do interrogatório, deixou esse importante ato do processo para ser realizado na própria audiência de instrução, após as declarações do ofendido, a inquirição das testemunhas, os esclarecimentos dos peritos, as acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas (art. 531 do CPP).

⁴⁹⁶ Cf. item 5.1.9.5, infra.

dentro do contexto do sistema acusatório e do princípio da ampla defesa, no arcabouço de um sistema democrático.

Nos ritos previstos na concepção originária do Código de Processo Penal, salvo nos processos de competência originária dos tribunais (Lei nº 8.038/90) e em alguns poucos procedimentos especiais, com esteio em um sistema misto, o acusado era citado para ser interrogado. O interrogatório, dentro de uma visão *mista/inquisitória*, era, até então, considerado, a um só tempo, como meio de defesa e de prova. Mais de prova, é verdade, pois, conquanto fosse assegurada a possibilidade de o acusado ficar em silêncio, essa faculdade era menos um direito do que um ônus processual, com repercussão direta na valoração da prova, uma vez que o juiz podia interpretá-lo em prejuízo da defesa. Ou melhor, o silêncio podia valer como prova para refutar os argumentos da defesa.

Assim, o acusado não era chamado para se defender, mas para ser inquirido sobre a imputação delituosa narrada na ação penal. O acusado raramente se apresentava para o interrogatório acompanhado de advogado, ademais de não ser obrigatória a presença do Ministério Público, que, de praxe, não se fazia presente. O interrogatório era, em rigor, o primeiro ato de instrução do processo, feito pelo juiz sozinho, sem as presenças do Ministério Público e do advogado. A prova obtida por meio do interrogatório era produzida pelo juiz e só ele é que tinha contato direto com ela, pois, comumente, o conhecimento e contato do Ministério Público e da defesa só se faziam mediante a leitura do termo de interrogatório.

Como se isso não bastasse, depois do interrogatório, conferia-se a oportunidade de o acusado apresentar a sua defesa prévia, que era, porém, facultativa. Isto é, o acusado só após a convocação para o interrogatório, tinha assegurado o direito à defesa técnica⁴⁹⁷. Nessa ordem, o interrogatório era uma espécie de direito/dever, pois a falta de sua realização, quando o acusado comparecia a Juízo, era causa de nulidade (art. 564, III, alínea “e”, do CPP)⁴⁹⁸, ao passo que, não comparecendo, o juiz podia determinar a sua condução coercitiva (art. 260 do CPP)⁴⁹⁹.

O nome defesa prévia revelava que esse não era o momento para a *defesa efetiva*, sendo oportunidade apenas para a suscitação de preliminares e o arrolamento das testemunhas indicadas pela defesa. A defesa técnica efetiva do acusado, nos termos do rito anterior, estava reservada para o momento das razões finais, que, feitas, ou não, em audiência, tinham de ser reduzidas a escrito e, ademais, eficientes, sob pena de nulidade diante da ofensa ao princípio da ampla defesa.

Por isso mesmo, a defesa após o interrogatório, prevista na sistemática anterior, era chamada *prévia* porque, além de não ser obrigatória, quando utilizada, não enfrentava o mérito em si da questão, reservando-se a discussão a esse respeito para o momento das razões finais. Muitos justificavam essa disciplina, ao argumento de que a concepção da defesa prévia com essa roupagem se tratava de estratégia, pois, não sendo exposta, desde o início, a linha de argumentação com a qual a assistência jurídica tentaria obter a absolvição do acusado, o Ministério Público não poderia, nas razões finais, refutá-la. De fato, deixando-se para revelar os fundamentos da defesa apenas no momento das razões finais, o Ministério Público pode ser surpreendido quanto à tese com fulcro na qual se pede a improcedência da pretensão acusatória. Nesse caso, o Ministério Público, concretamente, somente poderia se reportar aos argumentos de mérito da defesa com a eventual interposição do recurso.

Sobre não ser necessária a efetiva defesa nesse primeiro momento, ela era, em rigor, de todo desnecessária e sem utilidade, até porque grassava o entendimento de que não havia possibilidade, na seara do processo penal, de o juiz, depois de receber a ação penal, reapreciar questão referente a esse juízo de admissibilidade ou absolver sumariamente o acusado, senão no momento próprio para a sentença. Ou seja, uma vez recebida a ação penal, o julgamento antecipado da lide era vedado.

⁴⁹⁷ Se o acusado não comparecesse ao interrogatório, o juiz, por despacho, deveria declará-lo revel e, incontinenti, nomear defensor dativo para o oferecimento da defesa prévia.

⁴⁹⁸ A jurisprudência era no sentido de que, sendo possível, o interrogatório haveria de ser feito, sob pena de nulidade (STF, RTJ 73/758).

⁴⁹⁹ Cf. 5.1.5.9, infra.

O legislador da Lei nº 11.719, de 2008, acertadamente, desconstruiu a lógica anterior. Agora, o acusado é citado para se defender tecnicamente, ou seja, por meio de advogado⁵⁰⁰. O interrogatório, decorrente da amplitude do princípio da ampla defesa, meio de autodefesa, ficou reservado para ser exercido após a realização do último ato de instrução, momento em que ele terá condições de saber de todas as provas existentes nos autos, conforme estabelecido no art. 400 do CPP.

Assim, citado, o acusado, por intermédio de advogado constituído ou nomeado, nos termos do art. 396-A do CPP deverá apresentar resposta em peça escrita, na qual deverá conter a *alegação de tudo o que interesse à sua defesa*⁵⁰¹, notadamente quanto à arguição de *preliminares*, apresentação de *documentos*, requerimento de *justificações*, especificação de todas as *provas pretendidas* e *arrolamento das testemunhas*, com o *requerimento de intimação, quando necessário*⁵⁰².

Primeiro, note-se que, aqui, com apuro técnico, o legislador, seguindo a terminologia adotada pelo Código de Processo Civil, deixou expresso que a citação é para o acusado apresentar resposta. Isso quer dizer que ele deve apresentar não apenas a *defesa direta*, que é impugnar/contestar os fatos e a argumentação jurídica exposta na ação penal, mas também as *exceções*, a chamada *defesa indireta*, com a qual o acusado se opõe à pretensão punitiva, sem indagação do mérito da questão, com o objetivo de extinguir o processo (*exceção peremptória*: litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada), ou provocar o afastamento do juiz ou do juízo (*exceção dilatória*: suspeição e incompetência).

Nesse momento, o acusado pode, naturalmente, arguir, como matéria preliminar, a rejeição da denúncia, em razão da ausência de pressuposto processual ou de condição da ação, o que abrange a invocação da inépcia da inicial e a falta de justa causa. Essa é a forma de submeter essa matéria ao contraditório e, ademais, de exigir que sobre o assunto haja uma decisão fundamentada⁵⁰³.

Se a defesa pretende que, antes da sentença, o juiz se pronuncie sobre a inadmissibilidade de provas, a seu juízo, obtidas por meios ilícitos, a matéria, naturalmente, há de ser agitada na

⁵⁰⁰ A inviolabilidade da advocacia, princípio inserto no art. 133 da Constituição, é uma decorrência lógica da cláusula da ampla defesa. Daí exsurge a imunidade judiciária e a inviolabilidade do escritório de advocacia. Para assegurar a defesa efetiva, não caracteriza o crime de injúria ou difamação “a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador.” (art. 142, I, do CP), circunstância que não abrange o crime de calúnia. A Lei nº 8.906, de 1994 — Estatuto da Advocacia —, no art. 2º, § 3º, estabelece que, “no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.” e, mais adiante, no art. 7º, § 2º, esclarece que não constitui “... injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele”. A extensão da imunidade ao crime de desacato, porém, foi suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, adotada no julgamento da ADI 1.127-8. Ressalte-se que a imunidade criminal, relativa apenas aos crimes de injúria e de difamação, circunscreve-se às ofensas feitas na discussão da causa (art. 142, I, do CP) e nos limites desta lei (art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94). A inviolabilidade do escritório de advocacia, dos arquivos e dados, da correspondência e comunicações, incluídas as telefônicas ou afins, com a alteração da Lei nº 11.767, de 2008, estabelece a imunidade do escritório de advocacia em relação a busca e apreensão, salvo se “Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado...” (art. 7º, § 6º, da Lei nº 8.906/94). Assim, incrementou-se a inviolabilidade do exercício da advocacia, de modo que, doravante, independentemente da situação, a busca e apreensão só pode ser determinada em escritório de advocacia quando “Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado...” (§ 6º art. 7º da Lei nº 8.906, de 1994). Seja como for, no caso de mandado de busca e apreensão em residência ou escritório de advogado, expedido de conformidade com decisão judicial, a sua execução deverá ser acompanhada de representante da Ordem dos Advogados do Brasil (Art. 7º, § 6º, da Lei nº 8.096, de 1994).

⁵⁰¹ O CPP, no art. 571, II, estabelece que o momento para arguir nulidades, no procedimento ordinário e nos processos especiais, é no prazo das razões finais. As razões finais, agora, são, de regra, na audiência de instrução e julgamento. Para arguição de nulidade, nos processos de rito sumário, o art. 571, III, do CPP, estabelecia a defesa prévia, sendo, agora, o momento da resposta. Porém, as ocorridas depois, deverão ser arguidas quando aberta a audiência e apregoadas as partes. Se em audiência, logo depois que ocorrerem. Em se tratando do procedimento do tribunal do júri, de regra, nas alegações finais da primeira fase. As ocorridas depois, logo após a abertura da sessão de julgamento. As que surgirem em plenário, logo depois de ocorridas.

⁵⁰² Eis o teor do art. 396-A do CPP: “Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário”.

⁵⁰³ Para não repetir o que já foi dito, cf. item 5.1.3.1, supra.

resposta. É o momento oportuno para fundamentar e pedir a absolvição sumária com base na (1) *existência manifesta* de causa excludente da ilicitude do fato, (2) *existência manifesta* de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade, (3) circunstância de o fato narrado *evidentemente não constituir crime*, ou na (4) extinção da punibilidade do agente.

As causas excludentes de criminalidade estão catalogadas no art. 23 do Código Penal, que são legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. Quanto à excludente de culpabilidade do agente, o legislador excepcionou, como hipótese de absolvição sumária, a inimputabilidade, ou seja, quando o acusado, ao tempo da prática do crime, não tem o completo discernimento quanto ao caráter ilícito de sua conduta. A excludente de culpabilidade a ser arguida com a resposta, portanto, deve ser aquela decorrente de *erro sobre a ilicitude do fato* ou *erro de proibição* ou de *inexigibilidade de conduta diversa*.

O pedido de absolvição sumária pode ser justificado, também, na demonstração de que o fato evidentemente não é crime, hipótese que não é fácil de estar caracterizada quando não houver a apuração dos fatos por meio da instrução processual. Embora seja uma situação difícil de se verificar, ela não é impossível e, nada obstante sem muita frequência, a previsão normativa de que é causa de absolvição sumária, vai dar ensejo não apenas a pedido nesse sentido, como, em alguns casos, ao seu acolhimento.

Por fim, pode, ainda, ser objeto de pedido de absolvição sumária na resposta apresentada pelo acusado, a ocorrência de extinção da punibilidade. As causas de extinção da punibilidade estão elencadas no art. 107 do Código Penal⁵⁰⁴, mas há outros fatos que detêm a mesma natureza jurídica, como são os casos dos crimes tributários, em que o pagamento do valor do tributo devido, em qualquer fase do processo, enseja a extinção da punibilidade. A arguição de extinção de punibilidade mais frequente é, sem dúvidas, a prescrição, mas, em se tratando dos crimes tributários, o recorrente é o pleito da extinção da punibilidade pelo cumprimento da obrigação fiscal, mediante o pagamento da quantia devida. Note-se que o Código de Processo Penal já fazia previsão a respeito, ao estabelecer, no art. 61, que, “em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício”.

Há ainda mais duas hipóteses de absolvição sumária, que podem ser suscitadas na resposta do acusado, a saber, quando estiver provada a inexistência do fato ou provado que o acusado não foi o autor do fato, diante da incidência dos incisos I e II do art. 415 do CPP⁵⁰⁵.

Por fim, resta observar que no processo penal fica bem delimitado que a fase postulatória, que compreende o ajuizamento da ação penal até a apresentação da resposta pelo acusado, é o momento oportuno para a apresentação das provas pelas partes. Assim, o Ministério Público tem de indicar e especificar todas as provas que pretende sejam produzidas no processo, enquanto a defesa cabe fazê-lo na resposta, salvo no caso de surgir inovação no processo, quando, em nome do contraditório, a parte deverá ter nova oportunidade para requerer ou produzir prova. Aliás, expressamente, o art. 402 do Código de Processo Penal autoriza as partes solicitar *diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução*. Essa questão sobre as diligências está aprofundada no item 5.1.9.5, *infra*.

Quanto às provas, conforme aqui salientado, cabe à defesa, na resposta, indicar as testemunhas que pretende sejam inquiridas, encarregando-se, inclusive, de trazê-las a Juízo. No caso de pretender que a intimação da testemunha seja por mandado judicial, a defesa precisa demonstrar essa necessidade, o que deverá constar da resposta. Se a necessidade surgir

⁵⁰⁴ “Art. 107. Extingue-se a punibilidade: I — pela morte do ofendido; II — pela anistia, graça ou indulto; III — pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV — pela prescrição, decadência ou preempção; V — pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI — pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII — pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II, e III do Título VI da Parte Especial deste Código; VIII — pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração; IX — pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei”.

⁵⁰⁵ Cf. item 5.1.7, *infra*.

posteriormente à apresentação da resposta, a defesa tem de pedir a intimação por meio de petição, com a necessária antecedência da data de realização da audiência. Não vale, por óbvio, comunicar essa necessidade apenas no dia da audiência.

O problema é que o legislador não deixou expresso um prazo limite para que a defesa peça ao magistrado a intimação da testemunha por ela arrolada por mandado judicial. O razoável é que esse requerimento seja encaminhado a juízo pelo menos com 15 (quinze) dias de antecedência da inquirição, a fim de não prejudicar o andamento do processo e mesmo a unicidade da audiência⁵⁰⁶.

5.1.5.2. Prazo para o oferecimento da resposta

Como regra geral, o legislador estabeleceu o prazo de dez dias para a apresentação da resposta (art. 396, caput, última parte), dispositivo que, por expressa determinação legal, se aplica a todos os procedimentos, mesmo aqueles regulados por leis extravagantes.

Pelo fato de no Código de Processo Penal não haver nenhum dispositivo similar ao do Código de Processo Civil que elege como critério, para o termo de início da contagem do prazo, a data da juntada do mandado aos autos, no ambiente criminal o prazo inicia a sua fluência a partir mesmo da diligência⁵⁰⁷. Ou seja, da data consignada na certidão pelo oficial de justiça no próprio mandado de citação ou intimação.

Diante de divergências surgidas a esse respeito quanto à aplicação subsidiária, ou não, do que prescreve o Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 710, vazada nos seguintes termos: “No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”.

A Comissão de Reforma tentou modificar a regra, sugerindo que a contagem dos prazos passasse a se dar, assim como no processo civil, a partir da juntada do mandado cumprido nos autos. Mas essa sugestão não foi acolhida, o que foi de boa ordem, até porque não se tem registrado inconveniente devido à regra tradicionalmente estabelecida para a seara criminal⁵⁰⁸.

Houve, porém, a incongruência de determinar-se que, em se tratando de citação feita por edital, o prazo terá início a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído à secretaria do Juízo⁵⁰⁹. Ora, como já foi aqui salientado mais de uma vez, o acusado não é citado mais para ser interrogado, o que justificava a exigência contida no art. 365, VI, do Código de Processo Penal, como requisito necessário do edital expedido para esse tipo de comunicação processual, da indicação do *juízo, dia, da hora e do lugar em que o réu deveria comparecer*.

Se a citação era para o acusado ser interrogado, obviamente que o edital deveria conter o local e hora para o comparecimento. Agora, como se sabe, não é mais para esse fim. A citação, com a modificação do procedimento, acertadamente, é para a apresentação da defesa, ou melhor, da resposta, assim como se dá no processo civil. A contagem do prazo para a resposta, no caso de citação por edital, deveria, é verdade, até ser maior do que aquele estipulado pela lei para o caso em que esse chamamento é pessoal. Poder-se-ia estipular um prazo de trinta ou sessenta dias após

⁵⁰⁶ Cf. itens 5.1.9.1 e 5.1.9.1.1, *infra*.

⁵⁰⁷ Essa é a correta interpretação do art. 798, § 5º, alínea “a”, do CPP.

⁵⁰⁸ A bem da verdade, o mais razoável era que se modificasse a regra do Código de Processo Civil para ajustá-la à do Código de Processo Penal. A interpretação anacrônica daquela regra do CPC faz com que se impeça a retirada dos autos do cartório quando, nada obstante já citada ou intimada a parte, não tem ocorrido ainda a juntada aos autos do mandado. Esse estado de coisas perdura, não raro, por um bom lapso temporal. Isso faz com que o advogado, dia sim, dia não, fique no controle quanto à juntada do mandado nos autos, muitas vezes pedindo certidão sobre a situação. Se o advogado se descuidar no acompanhamento sobre a juntada, finda sendo surpreendido com o início da contagem do prazo. O melhor, portanto, para todos os efeitos, é que a contagem se inicie a partir da diligência, o que, além de ser menos burocrático, simplifica a comunicação processual e imprime celeridade maior ao processo e, o que é importante, dá a certeza do termo inicial do prazo. O NCPM manteve a regra anacrônica da contagem do prazo a partir da juntada do mandado, conforme o art. 231, II.

⁵⁰⁹ Cf. item 5.1.4, *supra*.

a publicação do edital, por exemplo.

Pode-se dizer que não houve, propriamente, um lapso do legislador, pois o que ele quis, realmente, foi estabelecer que a perfectibilização da citação por edital, quanto ao início da contagem do prazo, só se dará a partir do comparecimento do acusado em Juízo, pelo fato de essa ser a oportunidade em que ele irá receber a cópia da ação penal. A esse respeito, releva acrescentar que o Supremo Tribunal Federal tem a Súmula nº 366, segundo a qual “Não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resume os fatos em que se baseia”.

Não se há de negar que, conquanto essa posição sumular do Supremo Tribunal Federal fosse coerente com o pensamento dogmático da época anterior à mudança de paradigma do ordenamento jurídico experimentada com a edição da Constituição de 1988, ela não se mostra afinada com a nova concepção da ampla defesa, em que se privilegia a defesa efetiva.

Se a preocupação do legislador foi obviar o início da contagem do prazo para a resposta sem que o acusado tenha conhecimento dos termos da ação penal, seria suficiente inserir, dentre os requisitos do edital de citação, o resumo da narrativa fática da ação penal, sob pena de nulidade do ato. Aliado a isso, poderia, ainda, como se disse, ser estabelecido um prazo mais alargado.

O mais provável é que tenha ocorrido, efetivamente, um lapso. Isso tanto parece ser o mais fatível, que o legislador sequer teve o cuidado de modificar o inciso VI, do art. 352 do Código de Processo Penal que, também coerente com a sistemática anterior, dentre os requisitos do mandado de citação, exige que dele conste exatamente “o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer”. Por óbvio que no mandado de citação expedido em consonância com o novo rito não deve constar o dia e hora para o comparecimento em Juízo, mas sim que o acusado tem o prazo de dez dias para apresentar a sua resposta.

Aliás, nessa parte da citação o legislador se superou em falta de análise de conjunto do Código de Processo Penal. Outro claro lapso do legislador da Lei nº 11.719, de 2008, sobre a matéria, se identifica na medida em que, com a nova redação determinada para o art. 363⁵¹⁰, foram revogados os incisos I e II então nele existentes, mas, por descuido, não alterou, também, o dispositivo seguinte, ou seja, o art. 364, que, textualmente, diz: “No caso do artigo anterior, I, o prazo será fixado pelo juiz entre 15 (quinze) e 90 (noventa) dias, de acordo com as circunstâncias e, no caso de II, o prazo será de 30 (trinta) dias.” Pois bem, o artigo anterior (art. 363 do CPP) não tem mais os incisos I e II. Deveria, assim, ter sido revogado o art. 364 do CPP.

Mas a desatenção ainda se revela pelo fato de o art. 363, em seu § 1º, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008, dizer que “Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital”, quando o art. 361, da redação originária do Código de Processo Penal, salienta que “Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias”. Como se observa, por falta da devida atenção, há dois dispositivos tratando de um mesmo assunto, sendo que um fala da existência de um prazo, enquanto o outro, que foi o inserido com a reforma, silencia a respeito. Nem esse novo dispositivo deveria fazer previsão de nenhum prazo, até porque o prazo para a defesa foi tratado pela Lei nº 11.719, de 2008, no art. 396, caput, do Código de Processo, que é de dez dias. Uma interpretação literal dos textos contidos nos artigos mencionados levaria à perplexidade, diante da existência de dois prazos distintos para quando a citação for feita por edital: dez dias, do art. 396, e quinze dias, do art. 361.

De qualquer forma, esse prazo de quinze dias, previsto no art. 361 do CPP, era estabelecido com a intenção de fixar um prazo mínimo entre a ciência do chamamento judicial e a data da realização do interrogatório. Era para que o acusado tivesse um tempo para poder se preparar para o depoimento e, até mesmo, de procurar um advogado para orientá-lo sobre o assunto e mesmo para que ele, ou o seu advogado, pudesse, antes da realização do ato judicial, ir à secretaria do Juízo, ter vista dos autos, saber, enfim, não apenas o conteúdo da denúncia, que não constava, sequer em resumo, do edital, assim como das provas existentes nos autos em prol da imputação

⁵¹⁰ Tinham sido aprovados pelo Congresso Nacional quatro parágrafos. Porém, os §§ 2º e 3º foram vetados pelo Presidente da República.

criminosa.

Diante dessas considerações, tem-se que na citação por mandado, assim como na realizada por meio de edital, não deve constar o local, dia e hora para o comparecimento do acusado, como determina o Código de Processo Penal, respectivamente, nos arts. 352, VI e 365, IV, mas sim a advertência de que deve ser apresentada a resposta no prazo de dez dias.

Em verdade, a regra de que a contagem do prazo, no caso de citação por edital, tem início com o comparecimento pessoal na secretaria do órgão jurisdicional do acusado ou de seu defensor constituído, só é válida para os casos em que, diante da revelia, o processo estiver suspenso.

Por fim, resta considerar que o prazo para a resposta, quando se trata de defensor público, mercê do que dispõe o art. 44, da Lei Complementar nº 80, de 1994, é contado em dobro. Esclareça-se, no entanto, que esse prazo em dobro só se aplica aos defensores públicos que integram órgão estatal de assistência judiciária, pelo que não se aplica aos defensores dativos⁵¹¹.

5.1.5.3. Obrigatoriedade da resposta do acusado, por meio de advogado

Citado o acusado, a resposta é obrigatória, não sendo possível passar-se à fase seguinte, sem que ela tenha sido manifestada. A fim de ressaltar que assim como no final do processo, em relação às alegações finais, a defesa técnica nesse momento é indispensável, a Lei nº 11.719, de 2008, na redação dada ao art. 396-A, § 2º, disse que “Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”.

Como se vê, mesmo que haja defensor constituído, se a resposta não for apresentada no prazo legal, não é o caso de preclusão do direito de responder, mas de nomeação de defensor para fazê-la.

Isso pode gerar alguma complicação. Pode ser que o advogado constituído se sinta incomodado com a nomeação do defensor pelo juiz, especialmente com o teor da resposta por ele preparada, ao fundamento de que restou comprometida a estratégia de defesa, com a revelação da tese com a qual se tinha a intenção de buscar a absolvição do acusado.

Portanto, para evitar que algo dessa natureza ocorra, o advogado do acusado sempre terá de se manifestar. Não vale, aqui, alinhar o chavão forense de que o acusado é inocente, mas que se reserva para fazer essa demonstração nas razões finais. É preciso habilidade e retórica. Se há algum ponto fundamental — e geralmente há, reconheça-se — que a defesa, por questão de estratégia, reputa necessário ocultar os argumentos a respeito, essa parte deve ser omitida, sem, entretanto, eximir o advogado do dever de fazer, nesse momento, uma defesa efetiva, não apenas simbólica.

Essa ausência de defesa efetiva, ainda que nessa fase inicial do processo, é matéria de ordem pública. Portanto, em princípio, gera nulidade absoluta, sendo de inteira aplicação a Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Assim, se a resposta não for apresentada, o juiz, necessariamente, sob pena de nulidade, terá de nomear defensor para esse fim. Todavia, se apresentada a resposta, ainda que ela seja deficiente, isto é, não se mostre efetiva, isso, por si só, não acarreta nulidade, sendo bastante, para evitar a declaração de nulidade, que se demonstre que daí não decorreu nenhum prejuízo para o acusado⁵¹².

O defensor público, evidentemente, não pode se omitir em oferecer a resposta escrita,

⁵¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AEREESP 201700438205, 5ª. Turma, un, Relator Ministro Ribeiro Dantas. Data da decisão: 12/12/2017. Disponível em www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta. Acesso em: 12 jul. 2018.

⁵¹² No nosso entendimento, ao contrário do que é pregado pela jurisprudência dominante, tendo em consideração o princípio da presunção de não culpabilidade, não pode recair na defesa o ônus de demonstração que não houve prejuízo para o acusado. Defendemos que cabe ao Ministério Público e, especialmente ao juiz que é o responsável pela regularidade processual, demonstrar, mediante decisão fundamentada validando o ato praticado sem a observância da forma legal, que, nada obstante a irregularidade, não houve prejuízo para a defesa.

contendo a defesa efetiva. Comportamento dessa natureza caracteriza falta funcional. É aceitável, no entanto, que o defensor público justifique a dificuldade de expender defesa com conteúdo quanto ao mérito, na medida em que não tenha tido oportunidade de conversar com o acusado.

Do mesmo modo, independentemente de se tratar de defensor público ou particular, a resposta pode ponderar não ser o momento mais adequado de explicitar a tese central ou secundário, por uma questão de estratégia. E isso efetivamente ocorre. Por exemplo, a defesa pode deixar de suscitar a tese da insignificância, a fim de não alertar o Ministério Público e, por conseguinte, evitar que nas razões finais o *Parquet* atente para esse detalhe. O mesmo pode ocorrer em caso de concurso de crimes, com a tese da subsunção ou de concurso formal próprio em detrimento da imputação da ocorrência de concurso material ou de continuidade delitiva.

O importante é que com a manifestação na fase da resposta se perceba que o defensor público ou particular não está agindo com descaso, deixando o acusado, indevidamente, indefeso, em afronta ao devido processo legal, o que era bastante frequente antes da Reforma Tópica.

De outra banda, a defensoria pública não pode recusar o patrocínio da defesa do acusado, sob o argumento de que ele não é hipossuficiente. Isso porque, no ambiente criminal, não tem aplicação, apenas, o inciso LXXIV, do art. 5º da Constituição (“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”). Incide, ainda e de forma mais específica, o postulado contido no inciso LXIII do mesmo artigo, no sentido de que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, de modo que, independentemente de o acusado ser, ou não, hipossuficiente, a assistência de um advogado tem de ser disponibilizada pelo Estado, sob pena de nulidade do processo, em razão da dimensão do princípio da ampla defesa no processo penal, que compreende a necessidade de que ela seja efetiva e mesmo eficiente.

5.1.5.4. Forma e prazo para apresentar as exceções

Conforme já foi aqui salientado, o prazo de dez dias assinalado no art. 396-A é para a apresentação da resposta⁵¹³. Assim, nesse prazo, além da defesa direta, aqui já tratada, devem ser apresentadas, igualmente, as exceções, tendo o legislador cuidado de ressaltar que elas deverão ser processadas em autos apartados (art. 396-A, § 1º, do CPP, introduzido pela Lei nº 11.719, de 2008).

A *exceção*, a chamada *defesa indireta*, é a petição com a qual o acusado se opõe à pretensão punitiva, sem indagação do mérito da questão, com o objetivo de extinguir o processo (*exceção peremptória*: litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada), ou provocar o afastamento do juiz ou do júízo (*exceção dilatória*: suspeição e incompetência). Isto é, a exceção é o procedimento com o qual se invocam essas matérias⁵¹⁴. As exceções estão reguladas, fundamentalmente, do art. 107 ao 111 do CPP. A arguição de suspeição, impedimento, incompetência de júízo, litispendência, ilegitimidade de parte ou coisa julgada deve ser feita no prazo da resposta, por meio de exceção, ou seja, petição própria, a fim de que, nos termos do art. 111 do CPP, seja *processada em autos apartados*. De regra, não suspende o trâmite processual, devendo a referente à suspeição do juiz preceder às demais, salvo se fundada em motivo superveniente. Muitas vezes, porém, a exceção é feita na própria petição da defesa, especialmente quando se trata de incompetência, o que caracteriza mera irregularidade, sem prejuízo de sua apreciação. O próprio acusado, no exercício do *jus postulandi*, ou então mediante os seus defensores, desde que outorgados poderes especiais para esse fim, pode fazer a arguição de suspeição ou impedimento. A suspeição ou impedimento pode ser, ainda, em relação ao Ministério Público, perito, intérprete ou servidor do Judiciário, cuja competência para apreciação é do juiz, não cabendo, dessa decisão, recurso (art. 104 e 105). Em tese, admite-se mandado de segurança a ser interposto pelo Ministério Público, impugnando a decisão. Em se tratando de incompetência

⁵¹³ Cf. item 5.1.5.1, supra.

⁵¹⁴ A doutrina faz uma distinção entre exceção e objeção, sendo esta a impugnação de matéria que pode ser invocada como preliminar, independentemente de exceção, porquanto podem ser conhecidas até mesmo de ofício.

relativa, a ausência da exceção no prazo da defesa acarreta a preclusão da matéria. A absoluta, porém, assim como a litispendência, a ilegitimidade de parte e a coisa julgada (art. 110 do CPP), por se tratarem de matérias de ordem pública, não precluem e podem, a todo e qualquer momento, ser arguidas.

Em se tratando de ação de iniciativa privada, em que cabível a exceção da verdade, embora não houvesse, quer no Código de Processo Penal, quer no Código Penal, prazo para a sua manifestação em petição específica, a doutrina majoritária defendia que o momento era o mesmo daquele previsto para a defesa. Agora, não se tem mais dúvidas em relação a isso, pois o prazo para a resposta, que compreende as exceções, é de dez dias. Deve ser apresentada, naturalmente, por meio de petição própria, mas, caso exposta na própria resposta, tal prática se apresenta como mera irregularidade.

5.1.5.5. Abandono da causa pelo advogado

A preocupação em assegurar a efetividade da defesa no processo penal fez com que o legislador da Lei nº 11.719, de 2008, disciplinasse, com melhor técnica, o art. 265 do CPP, que trata do abandono da causa pelo advogado, prática que, infelizmente, é bastante comum. Em muitos casos, após receber parte ou toda a verba honorária ajustada com o cliente, o advogado, no curso do processo, sem maiores explicações, deixa de patrocinar a causa. Esse comportamento não apenas compromete a defesa efetiva do acusado, como, igualmente, o andamento normal do processo, prejudicando a sua duração razoável. Na sua redação originária, o art. 265 dizia que “o defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, a critério do juiz, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis”. Agora, o dispositivo está assim redigido: “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis”.

Como se observa, com melhor técnica, ficou estabelecido que não basta o advogado possuir *motivo imperioso* para desistir de patrocinar a causa. Ele tem, previamente, de fazer essa comunicação ao juiz. Por conseguinte, mesmo que ele tenha *motivo imperioso*, caso abandone a causa sem a prévia comunicação, a imposição da multa é devida. Essa prévia comunicação tem o condão de evitar que, por algum espaço temporal, o acusado fique indefeso no processo, sem que se tenha conhecimento de que o advogado deixou de defendê-lo. É dever do advogado fazer essa comunicação. Havendo a comunicação antes do abandono, o juiz irá intimar o acusado para constituir novo advogado, assinando prazo para essa finalidade, ao final do qual, se for o caso, intimar a Defensoria Pública ou nomear defensor.

Ademais, essa providência serve, igualmente, para que não sejam adiados atos do processo, especialmente, a audiência una. Se não for feita a prévia comunicação do abandono da causa, só se saberá desse fato no dia da audiência ou, quando intimado para algum fim, se e quando o advogado disser que não mais defende o acusado.

Nada obstante essa nova regra, muitos advogados, assim como faziam antes, não têm prestado atenção a esse ônus processual que lhe é imposto pela norma. É de fundamental importância que, nesses casos, os juízes não deixem de aplicar a multa. O valor foi atualizado pelo legislador exatamente para inibir o argumento de que ele era irrisório. Agora não se tem mais essa justificativa⁵¹⁵. Uma pena de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, que, na sua fixação, deverá ser levada em conta a capacidade financeira do advogado ou do escritório de advocacia, é bastante expressiva. Ainda que aplicada no seu mínimo legal. Cabe aos juízes modificar a sua postura, não

⁵¹⁵ Pena que o legislador não aproveitou a oportunidade para, em nome da coerência sistêmica do ordenamento processual, providenciar a alteração, igualmente, do artigo anterior, qual seja, do 264, a fim de atualizar o valor da multa a ser aplicada pelo juiz, quando o advogado, nomeado pelo juiz para defender o acusado, sem a existência de motivo relevante, recusar o munus. No caso, a multa prevista é do mesmo valor que constava do art. 265, alterado pela Lei nº 11.719, de 2008, isto é, de cem a quinhentos mil-réis.

permitindo que um fato grave como o abandono da causa do advogado, deixando o acusado indefeso, fique sem a devida censura.

O Superior Tribunal de Justiça tem precedente no sentido incidência da multa no caso de situação que caracterize o abandono da causa, o que pode ocorrer, por exemplo, quando o advogado, sem justificativa, deixa de comparecer à audiência de instrução, sendo necessária no entanto, a intimação do causídico para ele apresentar as razões da ausência⁵¹⁶.

5.1.5.6. Procuração outorgada ao advogado

Verifica-se que o legislador pecou, na medida em que não alterou o art. 266 do Código de Processo Penal. É que esse dispositivo diz que “A constituição de advogado independerá de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório”.

Como o interrogatório, conforme aqui já foi várias vezes salientado, era feito no início do processo, antes mesmo da primeira defesa técnica, que se dava com as alegações preliminares, o juiz, dentre as perguntas, indagava se o acusado tinha, ou não, advogado constituído e se, caso não tivesse, se ele tinha condições de contratar um. Esse questionamento era necessário até mesmo para saber se seria o caso de nomear-lhe um defensor dativo, quando, então, o próprio órgão jurisdicional se encarregava de fazer a intimação para a defesa prévia. Se o acusado dizia quem era o advogado, o juiz fazia consignar no termo o seu nome e dava cópia ao acusado, para ele entregar ao seu advogado, a fim de que fosse apresentada a defesa prévia. Quando era apresentada essa peça, não havia, assim, mais necessidade de ser juntada a procuração, uma vez que a declaração feita em audiência pelo acusado já servia para fins de constituição do advogado.

Quando adveio a Lei nº 10.792, de 2003, que tornou obrigatória a presença do advogado ao interrogatório, a constituição feita no termo restou ainda mais consolidada.

Porém, como o interrogatório, com a mudança do procedimento, agora é levado a efeito após o último ato de instrução, não é possível que a constituição do advogado se dê nesse ato, a não ser que seja no caso de substituição. Não sendo o interrogatório mais no início do processo, mas sim no final, necessariamente, o acusado deverá ter sido defendido por advogado, constituído ou nomeado.

De fato, sendo a resposta à citação obrigatória, quando manifestada por advogado constituído, deve-se exigir que esteja acompanhada da procuração⁵¹⁷. Não constando a procuração, por aplicação analógica do Código de Processo Civil, o juiz deve intimar o advogado, para providenciá-la, no prazo de dez dias.

5.1.5.7. Direito de audiência (direito ao interrogatório)

Uma consequência direta da autodefesa, compreendida no princípio da ampla defesa, é o direito do acusado de ser ouvido por quem tem a competência para julgá-lo. Esse direito constou do artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (“Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública...”). A cláusula está inserida, também, na Convenção Americana de Direitos Humanos, ao se estabelecer, no art. 8.1, que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável.” A Constituição alemã preceitua, no art. 103, 1, que “Todos têm o direito de ser ouvidos legalmente perante os

⁵¹⁶ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. STJ, RMS 51802, 5ª. Turma, un., Relator Ministro Felix Fischer. Data do julgamento: 02/05/2017. Disponível em: www.enfam.jus.br/corpus927. Acesso em: 12 jul. 2018.

⁵¹⁷ De acordo com o Código de Processo Penal, há exigência de poderes especiais na procuração para: (a) aceitar o perdão (arts. 55 e 59); (b) apresentar exceção de suspeição (art. 98); (c) arguir falsidade de documento (art. 146).

tribunais.”⁵¹⁸ No sistema português essa garantia é denominada direito de audiência, “Ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete.” (art. 61º, 1, b, do Código de Processo Penal)⁵¹⁹

No Direito anterior, o interrogatório era situado como ato de defesa, mas, com o advento do Código de Processo Penal de 1941, houve uma mudança substancial, pois passou a figurar como uma das espécies de prova⁵²⁰, embora a doutrina ressaltasse que era, igualmente, um direito de defesa. Isso porque, embora o art. 186 do Código de Processo Penal, em sua redação originária, assegurasse o direito ao silêncio, na parte final da norma, havia a ressalva de que esse silêncio poderia *ser interpretado em prejuízo da própria defesa*. Se o silêncio era um direito de defesa, o seu exercício, evidentemente, não poderia prejudicar o acusado, i. é, essa própria defesa.

A Constituição de 1988, contudo, resgatou a natureza jurídica de genuíno meio de defesa para o interrogatório. Por isso, no desiderato de adaptar o sistema normativo à Constituição, foi dada nova redação ao art. 186 do CPP e se inseriu um parágrafo único a esse dispositivo, a fim de deixar claro que o silêncio é um direito, de modo que ele não importa em confissão, ademais de não poder ser interpretado em prejuízo da defesa⁵²¹.

Se o interrogatório provém do direito de audiência e se, ao ser ouvido, o acusado tem o direito ao silêncio, tem-se que esse ato processual está inserido no princípio da ampla defesa, muito embora, ocasionalmente, ele possa produzir prova que sirva para fundamentar a condenação⁵²².

A identificação da natureza jurídica do interrogatório como subprincípio do direito à ampla defesa⁵²³, traz como consequência importante a definição do momento processual mais adequado para que o acusado seja ouvido no processo. Sendo o interrogatório uma forma de autodefesa, a audiência do acusado deve ser feita após uma primeira manifestação da defesa técnica, ademais de ser feita depois da produção das provas, aí se incluindo as oitivas da vítima e das testemunhas, a fim de que o acusado possa dar explicações a respeito do que existe no processo contra si.

O interrogatório realizado antes das demais provas prejudica as explicações do acusado, uma vez que ele não tem conhecimento consistente do que existe de efetivo no conjunto probatório e que pode incriminá-lo. Como é possível, por exemplo, ele refutar as afirmações da vítima ou das testemunhas, se não houve ainda a coleta desses depoimentos no processo?

Na mesma passada da Lei nº 9.099, de 1995 (art. 81, caput) e tendo em mira uniformizar o sistema criminal, as Lei nºs 11.689 e 11.719, ambas de 2008, passaram a estabelecer que, tanto no procedimento previsto para o tribunal do júri como nos demais, o interrogatório do acusado somente ocorrerá após a tomada das declarações da vítima, da inquirição das testemunhas e, caso seja necessário, dos esclarecimentos dos peritos, das acareações, do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 411, caput, e 474, caput, e arts. 400, caput, e 531). Como se vê, agora, sim, o

⁵¹⁸ J. Maier leciona que, no ordenamento processual criminal alemão, o interrogatório é o exercício de defesa material feito pelo próprio acusado, não se tratando de meio de prova, mesmo que, eventualmente, possa conter revelações incriminatórias (Apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, v. 3, p. 267).

⁵¹⁹ Como adverte Germano Marques, “O direito de audiência não consiste apenas no direito de o arguido se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados, mas também o de ser ouvido, de se pronunciar, sempre que o tribunal tenha de tomar qualquer decisão que o possa afectar pessoalmente” (**Curso de processo penal**. 3. ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1996, v. 1., p. 276).

⁵²⁰ LEAL, Câmara. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. V. 1. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942. p. 475.

⁵²¹ Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

⁵²² A doutrina tradicional, ao especificar as características do interrogatório, destaca o seu caráter (1) personalíssimo (a pessoa interrogada tem de ser o próprio acusado, daí por que, se vários os réus, os interrogatórios devem ser separados); (2) judicial (só ao juiz cabe presidi-lo, pois é a oportunidade que ele tem para conhecer o acusado e escutá-lo); (3) pessoal (não admite a intervenção seja do Ministério Público, seja da defesa, o que, agora, com a nova redação do art. 188 do CPP, ficou mitigado, diante da possibilidade de serem formuladas perguntas complementares sobre fatos pertinentes e relevantes); (4) oral (pois, se for escrito, fica prejudicada a intenção de o acusado fazer-se conhecer pelo juiz).

⁵²³ Ao acusado é assegurado o direito de ser interrogado, sob pena de a sua não realização, quando isso é possível, poder ocasionar, desde que demonstrado o prejuízo daí resultante, a nulidade do processo (art. 564, II, e, do CPP), como também lhe é dado o direito de se submeter a novo interrogatório, quando houver motivo para tanto.

ordenamento infraconstitucional está dando ao interrogatório o efetivo tratamento de direito de defesa, permitindo, que o acusado, ao exercer o direito de ser ouvido pelo juiz, possa reportar-se a todas as provas apuradas contra si e contraditá-las.

Outra consequência da identificação do interrogatório como direito de audiência – um meio de defesa, portanto –, é de que a pessoa também tem o direito de ser ouvida pelo juiz em momento crucial do processo, que é o da prisão processual. Isso decorre da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, ao determinar que “Toda pessoa presa ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. Acertada, portanto, conforme salientado no item 3.2.2.5, supra, a imposição pelo Conselho Nacional de Justiça da apresentação de *toda pessoa presa* ao juiz, no prazo de 24 horas. Note-se que, na Resolução nº 213, de 2015, o CNJ utilizou a expressão *toda pessoa presa*, o que compreende aquelas que são *detidas* em flagrante delito e mesmo as que são objeto de mandado de prisão, em virtude da decretação pelo juiz de prisão temporária ou preventiva⁵²⁴.

Essa posição adotada pelo CNJ manifesta-se correta, pois, pelo texto da Convenção Americana, nota-se que ali se pretendeu expandir o direito de audiência para além da hipótese de flagrante delito. Isso deixa claro é que a pretensão da norma internacional é garantir à pessoa a oportunidade de se explicar e fazer conhecer perante o juiz responsável pelo seu direito de liberdade, seja antes da decisão, no caso de flagrante delito, seja após, sendo, no primeiro caso, um direito de contraditório prévio e, no segundo, diferido. Nem se diga que não há sentido em garantir o direito à audiência de apresentação (custódia), quando se trata de prisão decretada pelo juiz. Na prática, há casos em que o juiz decreta a prisão preventiva, porém, na audiência de apresentação, diante das explicações do preso, se percebe que basta a imposição de uma ou mais medidas diversas da prisão ou, então, verifica-se que ele tem o direito à liberdade provisória⁵²⁵.

Cabe agregar que, tendo em conta essa nova feição do interrogatório em nosso sistema jurídico, a Lei nº 12.850, de 2013, até mesmo na fase do inquérito, garantiu ao investigado o direito de seu advogado ter “... prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato...” (art. 23, parágrafo único).

5.1.5.8. Direito à identidade física do juiz

Estando o interrogatório inserido dentro do princípio da ampla defesa, que significa, em verdade, o direito de audiência do acusado com a autoridade judiciária responsável pelo seu julgamento, é evidente que, a partir daí, passou a vigorar no âmbito criminal, como corolário lógico, o princípio da identidade física do juiz. Assim, deve ser assegurado ao acusado o direito de ser julgado pelo magistrado que lhe conheceu e lhe ouviu no interrogatório. De que serve dizer que se trata de direito fundamental do acusado ser ouvido em Juízo, como forma de permitir que ele se faça conhecer pelo juiz e tenha a oportunidade de se explicar, dando a sua versão para o caso, se, de outra banda, o processo pudesse ser julgado por um magistrado diferente?

Em que pese em sua redação originária o Código de Processo Penal não tenha adotado o princípio da identidade física do juiz, mesmo assim, não fez previsão quanto à expedição da carta precatória para o interrogatório do acusado, exatamente porque isso impede que este seja ouvido pelo magistrado responsável pelo seu julgamento.

Marco Antônio Marques Silva⁵²⁶, dando ênfase ao contato pessoal que o juiz faz com o acusado no interrogatório, realça que o “... magistrado que não participou dos atos processuais, por

⁵²⁴ Nesse estudo, defendemos que detenção é diferente de prisão. Prisão processual só pode ser decretada por decisão judicial, havendo em nosso sistema apenas duas espécies, da qual o gênero é a prisão provisória: temporária e preventiva. Já a detenção ocorre com o flagrante em delito. Esse tema está mais explorado no item 6.2.4, infra.

⁵²⁵ O autor, no exercício da atividade jurisdicional, já teve a oportunidade de modificar a prisão preventiva em razão da audiência de apresentação. Tem-se notícias de que o mesmo tem ocorrido perante outros magistrados.

⁵²⁶ A vinculação do juiz no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 17.

mais cuidadoso e minucioso que seja, não terá jamais condições de avaliar como um todo o conjunto probatório.”

De fato, o processo criminal, mais do que o civil⁵²⁷:

... sempre e sempre está calcado na apreciação de fatos, os quais devem ser investigados e interpretados não apenas para o fim de determinar quem é o responsável pela autoria e identificar as circunstâncias mediante as quais eles foram perpetrados, como ainda se impõe ao julgador analisar os elementos subjetivos da conduta, que não se contenta na constatação da culpa a título de dolo ou *stricto sensu*. Por isso mesmo, cabe ao juiz apurar, no interrogatório, aspectos da personalidade, do comportamento social e da conduta imputada nos autos ao acusado, a fim de, com base nesses elementos, passar à dosagem da pena, tendo em mira cumprir o direito fundamental de individualizar a pena, tal como garantido no art. 5º, XLVI, caput, primeira parte, da Constituição de 1988.

Note-se que foi inserido dentre os direitos fundamentais, aplicáveis ao processo criminal, o direito de o acusado ter a individualização de sua pena, o que, para ser cumprido, importa na dosimetria da sanção nos termos do Código Penal, com a observação das três fases previstas para esse fim (teoria de Nelson Hungria), sendo a primeira a fixação das circunstâncias judiciais, com as quais se estabelece a pena-base, depois as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) e, por fim, as causas de diminuição e de aumento, para, então, determinar a pena concreta. Especialmente na fixação das circunstâncias judiciais, previstas no caput do art. 59 do Código Penal, quanto à análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime, mostra-se de imperiosa necessidade que o juiz tenha tido a oportunidade de ouvir/entrevistar o acusado.

Cabe observar que, com supedâneo em lição haurida de Enrico Altavilla⁵²⁸, o acusado é “... o principal actor de qualquer drama judiciário”, daí por que o interrogatório deve “... ser proclamado o acto processual mais importante, visto que, tendo o processo como finalidade precípua a averiguação da culpa ou da inocência do acusado, claro que toda a actividade processual deste deve ser o centro de polarização de qualquer investigação.”⁵²⁹ O juiz, quando julga o processo sem ele próprio ouvir o acusado, é como se aquele que vai ser julgado não tivesse rosto e alma, assentando-se a decisão apenas nos registros ou sombras existentes sobre ele nos autos.

Felizmente, atento a esse alcance do direito ao interrogatório, que se traduz em direito de audiência com a pessoa encarregada de seu julgamento, a Lei nº 11.719, de 2008, introduziu o princípio da identidade física do juiz no Processo Penal, mediante a previsão de que “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”(art. 399, § 2º)⁵³⁰. Se mais de um juiz tiver funcionado no processo, não há a menor dúvida, a identidade física recai na pessoa daquele que presidiu a audiência na qual se deu o interrogatório do acusado.

De toda sorte, ainda que importante a adoção do princípio da identidade física, não se pode burocratizar o processo nem muito menos utilizá-lo como fonte de nulidade. Qual o prejuízo gerado com a inobservância do princípio da identidade física do juiz, desde que mantida a cláusula do juiz natural, ou seja, a regra de competência? Se o juiz que procedeu a toda a instrução for convocado para o tribunal por um período longo ou se afastar da jurisdição, por exemplo, para exercer mandato no Conselho Nacional de Justiça ou atuar como juiz auxiliar em algum órgão jurisdicional? E no caso, por exemplo, de um juiz federal substituto, designado, temporariamente,

⁵²⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 748-749.

⁵²⁸ **Psicologia judiciária: personagens do processo penal**. 4. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor. 1959, p. 5.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁵³⁰ Note-se que, com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.719, de 2008, a instrução probatória, de regra, é feita em uma única audiência, cujo último ato é, exatamente, o interrogatório. No caso de fracionamento da instrução, tendo mais de um juiz atuado, o mais correto é entender que a identidade física será em relação ao juiz que tomou o depoimento do acusado e, por isso mesmo, concluiu a instrução. A Associação dos Juizes Federais do Brasil — Ajufe sugeriu que a expressão “presidiu”, do art. 399, § 2º, do Projeto de Lei nº 4.207, de 2001, que se transformou em lei, fosse substituída pela palavra “concluiu”, o que, porém, não foi acolhido pelos parlamentares.

para desempenhar suas funções em outra unidade da federação? O processo ficará paralisado, aguardando o seu retorno? Óbvio que não. Ademais, conforme aqui defendido, a identidade física do juiz em matéria criminal não é, em tudo, similar ao que ocorre no ambiente cível. A grande razão de ser da identidade física do juiz é dar efetividade ao interrogatório como meio de defesa, ou melhor, direito de audiência do acusado perante o juiz responsável pelo seu julgamento, de modo que mais importante do que o juiz que encerrou a instrução do processo é aquele que cuidou de ouvir as explicações prestadas com o interrogatório. É para que o juiz responsável pelo julgamento do processo tenha a oportunidade de conhecer, ainda que minimamente, o acusado.

A jurisprudência, acertadamente, tem esclarecido que a cláusula da identidade física do juiz não tem um fim em si mesmo, de modo que a sua inobservância não gera nulidade absoluta, senão relativa, razão pela qual, no caso concreto, para que se tenha por inválida eventual sentença prolatada, mister se faz a demonstração do prejuízo legado à parte pela atuação do juiz. Nesse caso, a prova do prejuízo se faz com a demonstração de que o *decisum* foi exarado dissociado das provas coligidas no processo.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal⁵³¹ possui precedente que, conquanto tenha sido em caso no qual se refutou a aplicação retroativa do princípio da identidade física do juiz, deixou consignado que o sopesar das cláusulas da identidade física do juiz e da instrumentalidade das formas leva à conclusão de que a nulidade há de ser reconhecida “... apenas no caso de patente descompasso entre a decisão e as provas colhidas...”, o que não se verificou no caso em julgamento, pois “... a sentença condenatória foi proferida em consonância com as provas dos autos...”

Em lapidar decisão sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça⁵³², no CC 99023/PR, relatado pelo Ministro Napoleão Maia Filho, asseverou que

(...) A adoção do princípio da identidade física do juiz no processo penal não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da jurisdição penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da lei.

Essa posição assumida pelo Superior Tribunal de Justiça foi lembrada na redação da ementa do acórdão lavrado pelo Ministro Felix Fischer⁵³³ no HC 201000325213, que achou por bem adicionar que “... Ademais, no sistema das nulidades pátrio, somente se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos (Precedentes)”. Por sua vez, ao apreciar o HC 200900848960, o Ministro Og Fernandes⁵³⁴, a par de reconhecer que a Lei 11.719, de 2008, introduziu, no sistema processual penal, o princípio da identidade física, “... segundo o qual o magistrado que colhe a prova se vincula ao julgamento da causa...”, advertiu que “... Na seara processual penal, vigora o princípio do *pás de nulité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem que seja demonstrado o efetivo prejuízo para a parte, não tendo o impetrante logrado demonstrar qualquer gravame...”⁵³⁵

Por conseguinte, a nulidade processual sob o argumento de que malferido o princípio do juiz natural, porquanto relativa, só há de ser acolhida se demonstrado o prejuízo ocasionado à parte.

Por fim, resta esclarecer que a identidade física do juiz, em relação à segunda dimensão do direito de audiência, que diz respeito na garantia de a pessoa detida ou presa ser ouvida pelo magistrado, diz respeito àquele que tem a competência para decidir sobre o direito de liberdade,

⁵³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Luiz Fux, HC 104075/SE, Primeira Turma, unânime. Data da Decisão 27/09/2011, Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 14 fev. 2011.

⁵³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Data da decisão 10./06/2009, Disponível em: www.stj.jus.br/jurisprudencia/juris. Acesso em: 14 fev. 2011.

⁵³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Data da decisão 27/05/2010, Disponível em: www.stj.jus.br/jurisprudencia/juris. Acesso em: 14 fev. 2011.

⁵³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Data da decisão 17/09/2009 Disponível em: www.stj.jus.br/jurisprudencia/juris. Acesso em: 14 fev. 2011.

⁵³⁵ Ibid.

não necessariamente o juiz que será responsável pelo julgamento do mérito. Explica-se. Caso adotada com o NCPP a figura do juiz das garantias, este é que será o competente para tanto.

5.1.5.9. Interrogatório como direito facultativo, não podendo o acusado ser obrigado a exercê-lo: vedação da condução coercitiva e revogação do art. 260 do CPP

Tratando-se o interrogatório de um direito, resta saber se ele é obrigatório ou facultativo. À primeira vista, mesmo tendo a natureza jurídica de direito, nada impediria que o seu exercício fosse obrigatório, tal como se dá em relação à defesa técnica. Poder-se-ia dizer que isso decorreria mesmo da concepção de que, no ambiente criminal, a ampla defesa importa no entendimento de que ela há de ser efetiva. Acontece que o interrogatório, a despeito de ser meio de defesa, pode produzir prova decisiva contra o acusado, tudo a depender do seu desempenho na audiência.

Mesmo com a revogação da advertência de que o silêncio do acusado poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa e, em seu lugar, tenha sido colocada a observação de que o silêncio não importa em confissão nem pode ser interpretada em prejuízo da defesa (art. 186, parágrafo único)⁵³⁶, a situação do acusado fica deveras delicada quando, na presença do juiz, após responder a algumas perguntas, diz que prefere ficar em silêncio quanto a uma determinada indagação. Ainda que seja desfeito ao juiz, na sentença, fazer alguma consideração quanto ao silêncio do acusado, a impressão negativa que daí resulta não deixa de ser sopesada na sua valoração a respeito dos fatos⁵³⁷.

Por isso mesmo, o advogado criminalista atento não recomenda, nunca, que o seu cliente se abstenha de responder a alguma pergunta que lhe seja formulada pelo juiz, razão pela qual raramente acontece de o acusado deixar de respondê-la⁵³⁸. É preferível que o acusado diga que vai exercer o direito ao silêncio e que não está disposto a responder nenhuma pergunta, do que se colocar à disposição para o interrogatório, porém, durante a sua realização, ficar em silêncio quanto a apenas uma ou outra indagação. Diferente é quando se trata de interrogatório perante autoridade que não tem o poder de julgar o acusado, como é o caso do delegado de polícia e, no mais das vezes, dos membros das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Se calar diante do juiz não é a melhor estratégia, falsear a verdade no interrogatório, geralmente, não se revela um bom negócio. Independentemente do grau de instrução do acusado, as suas condições pessoais podem, em uma situação como a do interrogatório, ser favoráveis ou desfavoráveis à defesa⁵³⁹. Do mesmo modo como ocorre no testemunho, o acusado, ainda se for

⁵³⁶ Igualmente por falta de visão sistêmica do ordenamento processual penal, a Lei nº 10.792, de 2003, inadvertidamente, deixou de revogar o art. 198, que tem conteúdo diametralmente oposto: "O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz."

⁵³⁷ Se não comparecer à audiência ou dizer que não pretende ser interrogado é uma estratégia de defesa, responder algumas perguntas e ficar em silêncio quanto a outras, não é nada natural. Aliás, exercer o direito ao silêncio não é mesmo uma atitude natural, pois contradiz uma norma elementar da defesa pessoal, que é de dizer coisas favoráveis a seu favor. Mas o acusado pode deixar de proclamar a sua inocência em razão de: a) ser um alibi para afastar a imputação com relação a um crime mais grave; b) não existir no processo circunstâncias não conhecidas que poderiam ser reveladas com as suas palavras; c) da intenção de descobrir o verdadeiro culpado, que pode ser devido à intimidação; d) suas condições pessoais (emotiva, nervosa etc.); e) outras circunstâncias, mesmo fora da lógica, pois a anormalidade humana é imprevisível.

⁵³⁸ Nas aulas sobre o direito ao silêncio, costumava afirmar que, durante mais de uma década de magistratura, nunca tinha deparado com hipótese em que o acusado manifestasse, na audiência, o direito de ficar em silêncio diante de uma determinada pergunta. Porém, isso ocorreu uma vez, em processo no qual se apurava crime de roubo a agência bancária. A linha da autodefesa no interrogatório era de negativa de autoria. O acusado chegou com uma estória pronta e acabada sobre o local no qual se encontrava quando da ocorrência do crime, o que estava fazendo e com quem se encontrava. Mais à frente, diante de uma pergunta para a qual ele não estava preparado, o acusado, após hesitar bastante, resolveu dizer que preferia não responder. Nesse momento, ele produziu uma prova fortíssima contra si, que ficou no subconsciente do julgador. O advogado, diante do silêncio de seu cliente, ficou visivelmente incomodado, uma vez que ele, sabiamente, percebeu, diante do contexto da situação, como tinha sido desastroso aquele comportamento.

⁵³⁹ Em rigor, o acusado é uma espécie de testemunha de seus próprios atos, de modo que ele está sujeito, como alerta Enrico Altavilla, aos mesmos erros que perturbam o depoimento (**Psicologia judiciária**: personagens do processo penal. 4. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor. 1959, p. 10). O fenômeno psicológico do

inocente e disser, no interrogatório, a verdade, ele pode comprometer-se perante o juiz. Às vezes o depoimento do acusado é distorcido sem o interesse propriamente dito de falsear a verdade, mas pela má percepção dos fatos e até porque, por questão de ordem psicológica, é natural que a pessoa, ao realizar um ato impulsivo, tenha uma memória lacunar dos fatos, de modo que, não raro, ele “... só mantém claro na recordação o elemento central, podendo não se recordar de tudo o que fez contra os outros...”⁵⁴⁰. Pode ser que, em razão mesmo da fidelidade, o depoimento se apresente sem lógica, contraditório, sendo considerado pouco fiel, justamente porque se julga que o acusado não foi sincero⁵⁴¹. Ademais disso, não se pode esquecer que é natural o nervosismo do acusado, principalmente quando ele é inocente, porquanto ele sabe, mais do que ninguém, que o interrogatório é o momento único que ele possui para tentar convencer, com as suas palavras, aquele que vai julgá-lo, além de se constituir o ato processual mais importante. Culpado ou inocente, o acusado responde ao processo em estado de emoção e o inocente, comumente, está com o espírito em desordem. Como a tendência natural é a defesa, muitas vezes, o acusado, por instinto, faz referência a circunstâncias não havidas, com as quais ele pensa que dará mais credibilidade às suas palavras⁵⁴².

O advogado adverte ao acusado que ele tem um papel fundamental a desempenhar no processo, que é, exatamente, no interrogatório, quando ele tem a missão de demonstrar ao juiz que é inocente ou de que é pessoa de boa índole, tem bom caráter etc. Ora, se até a testemunha, que não vai ser julgada, sente-se incomodada em ficar diante do juiz com o compromisso de dizer a verdade, pois tem a preocupação de fazer-se acreditar quanto àquilo que está dizendo, imagine-se como não fica o acusado, especialmente se ele é inocente⁵⁴³. O nervosismo, nesse caso, ao contrário de revelar que o acusado é culpado, pode ser resultante do fato de o acusado sentir a responsabilidade em tentar convencer o julgador de sua inocência.

Dessa forma, em que pese se trate de oportunidade ímpar para que o acusado se faça conhecer pelo juiz e possa dar a sua versão sobre a imputação delituosa que lhe é feita, sabe-se que eventuais deslizos cometidos ou a má-impressão deixada perante o julgador podem ser decisivos para a condenação⁵⁴⁴. Tendo em conta essas considerações, o advogado diligente procura, de toda

testemunho tem o aspecto subjetivo, que é a capacidade psicológica do indivíduo para testemunhar, e o objetivo, que é a propriedade do objeto ou do fato a ser testemunhado ou recordado (diz respeito à memorialidade, que é a capacidade do objeto para se fazer recordar com exatidão).

⁵⁴⁰ Ibid., p. 11.

⁵⁴¹ Todo depoimento possui certo coeficiente pessoal na percepção e na evocação mnemônica (associação daquilo que deve ser memorizado com dados da experiência já conhecidos ou vividos), daí por que não há nada mais errado do que se supor que as palavras do acusado devem encaixar-se como peças de um quebra-cabeça. Na psicologia judiciária, costuma-se identificar dois tipos de depoimento: aquele que é sereno, retilíneo e seguro, como o voo de andorinha, e aquele que é conturbado, sinuoso e inseguro, como o voo de morcego. A excessiva preocupação em relatar detalhes, com fatos bem encaixados, deve ser recebida com certa desconfiança, pois, mesmo que corresponda à verdade, exige que o acusado tenha memória fotográfica e atenção difusa incomum para a observação das pequenas coisas. Não é sem razão a conclusão de Altavilla: “Essa recordação exageradamente precisa, ou é consequência da atenção febril de quem cometeu ou está para cometer um crime, em virtude do qual um acontecimento pode ter sido registrado com toda a precisão, nos seus mais pequenos detalhes, por via do interesse que despertava no culpado, interesse que não poderia explicar-se num espectador indiferente, ou é consequência de um acto de atenção forçada, no caso do acusado ter querido fixar pequenas circunstâncias inculcáveis, com a evidente finalidade defensiva de dar à sua narrativa, ao seu álibi, uma aparência de veracidade.” (Op. cit., p. 16).

⁵⁴² De regra, o culpado tem uma orientação defensiva, conhece o fato criminoso, sabe a hora, o lugar, o modo e muitas vezes já pensou na forma da defesa, sabe do que pode ser dito contra ele e, por isso mesmo, estuda as explicações que dará, o que passa segurança e dá credibilidade à sua fala. Em contrapartida, o inocente debate-se no vácuo, é surpreendido pelo imprevisto. Por isso mesmo, é natural o inocente se encontrar em um grave estado de excitação ou de perturbação que o leva a cometer atos estúpidos, sendo a mentira, geralmente, um ato automático de quem afasta o perigo.

⁵⁴³ Mesmo um juiz, advogado e/ou membro do Ministério Público, que passaram vários anos estudando, quando participam da primeira audiência, sentem o peso da responsabilidade. Em alguns casos, o profissional já tem bastante experiência em fazer audiência, mas não na nova função, quando ocorre após aprovação em concurso para juiz ou membro do Ministério Público. A solenidade do ambiente judicial e a importância do ato processual conspiram para a anormalidade psicológica de quem vai depor.

⁵⁴⁴ Em pesquisa informal, feita mediante conversas com vários juizes de larga experiência, pode-se dizer que a prova decisiva para o processo, mesmo quando o acusado comparece para negar a sua participação no *eventus sceleris*, decorre da impressão que se tem com o interrogatório, servindo a prova testemunhal para corroborar, ou não, aquela impressão.

maneira, orientar o seu cliente como deve comportar-se diante do juiz⁵⁴⁵. Ainda que, por questão de ordem ética, o advogado não deva determinar o conteúdo do interrogatório, afinal de contas a escolha entre dizer a verdade ou mentir é algo que consulta a intimidade do cliente, ele tem de mostrar as consequências das afirmações e pode, até mesmo, acrescentar o que seria recomendável falar⁵⁴⁶.

Tendo em conta todos esses aspectos, muitas vezes, como estratégia de defesa, o mais adequado é que o acusado sequer atenda ao chamamento judicial para o seu interrogatório. Com base nessa perspectiva e na de que o interrogatório, agora, é substancialmente meio de defesa, mais especificamente forma de autodefesa que complementa a defesa técnica, a conclusão que se tira é de que o acusado tem o direito de, como estratégia traçada por seu advogado, abrir mão do *direito de audiência* e deixar de comparecer ao interrogatório⁵⁴⁷.

Isso porque o direito ao silêncio compreende, igualmente, o direito de não o prestar, mesmo presente à audiência de instrução e julgamento. Porém, no julgamento do Habeas Corpus 79244/DF, impetrado por Francisco Lopes contra ato praticado por Comissão Parlamentar de Inquérito, o Supremo Tribunal Federal, pela pena do Ministro Sepúlveda Pertence, em votação unânime, concluiu que do direito ao silêncio, consagrado em nosso sistema jurídico após a Constituição de 1988, “... não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas que entenda possam vir a incriminá-lo.”⁵⁴⁸. Todavia, logo depois, no exame do Habeas Corpus 80592/PR, relatado pelo Ministro Sydney Sanches, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, expressou o entendimento de que, quando a pessoa é convocada para depor, mas deixa de comparecer ao interrogatório, ela não pode ser conduzida coercitivamente, uma vez que a sua recusa em se fazer presente perante o juiz deve *ser interpretada como preferindo calar-se*⁵⁴⁹.

Essa parece ser a posição mais acertada, pois, sendo o direito ao silêncio decorrência lógica da magna cláusula da ampla defesa, o acusado é detentor do direito de não ser obrigado, forçadamente, a produzir prova contra si, preceito que contempla, igualmente, o direito de o acusado, como forma de estratégia de sua defesa, deixar de comparecer ao interrogatório, ou, a ele estando presente, de não se submeter às perguntas do juiz.

Ademais, a leitura do art. 185, caput, com a redação da Lei nº 10.792, de 2003, diz que “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”. Esse dispositivo, embora não seja propriamente uma inovação quanto à sua redação originária, coaduna-se, em sua inteireza, com o caput do art. 474 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.689, de

⁵⁴⁵ Não se pense que isso somente ocorre no tribunal do júri. O advogado recomenda a seu cliente que seja calmo, paciente, educado e seguro nas afirmações e, ainda, que se apresente ao juiz sem exageros, vestido adequadamente. É óbvio que a boa defesa começa com a impressão positiva que o acusado consegue transmitir ao juiz que irá julgá-lo.

⁵⁴⁶ O advogado criminalista não deve ser recriminado, por mais hediondo que seja o crime, por exercer a defesa do acusado no processo. O causídico não defende o delinquente, mas o homem. Não defende o crime que foi praticado, e, sim, a pessoa que o praticou. Ademais, conforme já foi visto, o princípio da ampla defesa no ambiente criminal resulta na assertiva de que, sem defesa efetiva e eficiente, não é possível, validamente, se condenar alguém pela prática do crime.

⁵⁴⁷ No direito inglês, embora o acusado não possa ser obrigado ao interrogatório contra a sua vontade, o *Police and Criminal Act* 1984 confere à autoridade policial, em certas circunstâncias, o poder de deter uma pessoa para fazer o seu interrogatório, o que é muito criticado. (Cf. ESPENCER, John. O processo penal na Inglaterra. In: **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia**. Mireille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004, p. 86.) Mas em Juízo, que é quando a prova efetivamente tem validade, o acusado não está obrigado a prestar depoimento. Se preferir fazê-lo, porém, assim como no sistema americano, ele terá de dizer a verdade, sob pena da prática do crime de perjúrio. O acusado é ouvido como se testemunha fosse.

⁵⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Classe: HC 79244/DF, Tribunal Pleno, un., Data da decisão: 23/02/2000. Disponível em: www.stf.org.br/jurisprudencia. Acesso em: 23 mar. 2005.

⁵⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL, INSTAURADO POR DELEGADO DE POLÍCIA. “HABEAS CORPUS” CONTRA ESSE ATO, COM ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO S.T.F. E DE AMEAÇA DE CONDUÇÃO COERCITIVA PARA O INTERROGATÓRIO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO S.T.F. PARA O JULGAMENTO DO “WRIT”. INDEFERIMENTO DESTA. Data da decisão: 03/04/2001. Disponível em: www.stf.org.br/jurisprudencia Acesso em: 07 abr. 2005.)

2008, na parte em que ele diz que “... será o acusado interrogado, se estiver presente...”⁵⁵⁰ Ou seja, se não estiver presente, não há o interrogatório, devendo o juiz passar para a fase dos debates entre o Ministério Público e a defesa. Isso sem falar que o art. 367 do Código de Processo Penal, também introduzido pela Reforma Tópica de 2008, deixou expresso que “O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo”.

O interrogatório, por conseguinte, deixou de ser obrigatório, até porque a coercitividade quanto a sua realização somente tinha sentido quando esse ato processual era considerado um meio de prova.

A conclusão que daí se tira é que o art. 260 do Código de Processo Penal se encontra revogado, na medida em que confere ao juiz o poder de determinar a condução à força do acusado a sua presença, a fim de que seja realizado o seu interrogatório

Ora, se para os julgamentos pelo tribunal do júri o interrogatório passou a ser, expressamente, facultativo, porque ele seria obrigatório para os demais tipos de procedimento? A não ser que se diga que a obrigatoriedade do interrogatório, no procedimento do tribunal do júri, existe em relação a sua primeira fase, pois o art. 260 do CPP se aplica a todos os procedimentos. Mas há outro aspecto que precisa ser salientado. No Projeto de Lei nº 4.209/2001, que trata da investigação criminal e está, ainda, pendente de aprovação pelo Congresso Nacional, o interrogatório está sendo tratado como facultativo, e não obrigatório. Com efeito, o art. 8º, § 1º, do referido Projeto de Lei está assim redigido: “O indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais.”

Note-se que essa expressão *comparecendo*, utilizado pela Comissão de Reforma no art. 185, caput, 474, caput, do CPP e no art. 8º, § 1º, no Projeto de Lei nº 4.209/2001, quer dizer, em verdade, a hipótese em que o acusado ou indiciado comparece perante a autoridade judicial ou policial com a intenção de prestar o interrogatório. Por conseguinte, não é o fato de o acusado comparecer à audiência ou à sessão do tribunal do júri, que tornará necessário/obrigatório o interrogatório. O acusado pode comparecer ao ato processual com outra finalidade, ou seja, de exercer o seu direito de presença na instrução e julgamento do processo a que responde. Por conseguinte, se o acusado está presente à audiência ou sessão, deve o juiz perguntar se ele deseja ser interrogado, de modo que, diante de sua negativa, não deverá ser realizado esse ato processual, com expressa consignação no termo de audiência.

Infelizmente, tanto a Lei nº 10.792, de 2003, quanto a Lei nº 11.719, de 2008, deixaram de revogar, expressamente, o art. 260 do Código de Processo Penal. E, a despeito de precedente do Supremo Tribunal Federal acima destacado, na prática, muitos juízes têm a praxe de determinar, nas grandes operações, a condução coercitiva de pessoas para serem ouvidos. Essa foi uma prática constante na chamada operação *Lava Jato*, recebendo bastante repercussão na mídia a condução coercitiva do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

Ainda que se entenda que o art. 260 do CPP não está revogado e que em virtude dele, mesmo sendo agora tratado como direito, o interrogatório não é facultativo, deve ser considerado que a norma em foco dá ao juiz uma possibilidade, na medida em que diz que “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.” Como se vê, primeiro a norma salienta que quem pode ser conduzido coercitivamente é o *acusado*, o que, tecnicamente, quer dizer pessoa que for objeto de denúncia oferecida pelo Ministério Público. Não parece válido, no ponto, ao argumento de que a expressão *acusado* não foi utilizada no sentido técnico-jurídico, pretender fazer uma interpretação ampliativa, no sentido de incluir pessoa indiciada em inquérito policial nem muito menos quem é meramente suspeito em investigação.

De qualquer sorte, ainda para quem faça uma interpretação extensiva do art. 260 do Código de Processo Penal no escopo de permitir a condução coercitiva do acusado e de toda e

⁵⁵⁰ Redação da Lei nº 11.689, de 2008.

qualquer pessoa investigada, indiciada, ou não – portanto, mesmo que na mera condição de suspeita –, é preciso observar que o dispositivo em foco, em sua parte inicial, contempla uma condição, qual seja, “Se o acusado não atender à intimação...” Isso quer dizer que, para haver a determinação da condução coercitiva, é imprescindível que tenha havido, antes, uma *intimação* ou convocação da pessoa, tendo esta se recusado ou deixado de atender o chamamento.

Mas, nada obstante o expendido, como já salientado, há precedente do Superior Tribunal de Justiça entendendo pela ausência de constrangimento ilegal na condução coercitiva sem a prévia intimação e ausência de comparecimento ao ato, sendo suficiente que presente fundamentação idônea demonstrando a imprescindibilidade da medida para as investigações⁵⁵¹

Ainda assim, qualquer que seja a leitura do texto, a conclusão é de que só excepcionalmente e mediante em decisão devidamente fundamentada, poderia ser determinada a condução coercitiva para o interrogatório. Até porque, assim como se dá no procedimento do tribunal do júri, qualquer que seja o rito, não estando o acusado presente à audiência, deve o juiz passar, sucessivamente, a palavra para o Ministério Público e para a defesa, a fim de que sejam apresentadas, em audiência, as razões finais e, em seguida, proferida a sentença⁵⁵².

Porém, como assinalado, em razão de ações promovidas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADPF 444/DF) e pelo Partido dos Trabalhadores (ADPF 395), perante o Supremo Tribunal Federal, a título de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Ministro Gilmar Mendes, em ambas, deferiu medida cautelar, a fim de vedar a condução coercitiva de investigados para interrogatório. Como se vê, a liminar suspendera a incidência do dispositivo apenas em relação às investigações, permitindo a condução coercitiva, ainda, quando se tratasse de interrogatório na fase processual.

No entanto, no julgamento do mérito das ADPF 395/DF e ADPF 444/DF, finalizado em 14 de junho de 2018, por maioria de 7 (sete) a 4 (quatro), a Suprema Corte declarou que o art. 260 do CPP não foi recepcionado quanto ao interrogatório, quer na fase da investigação, quer na fase processual⁵⁵³.

Por conseguinte, a condução coercitiva para fins de interrogatório não é mais permitida em nosso sistema jurídico, pelo menos até que o Supremo Tribunal Federal modifique o seu entendimento firmado sobre o tema.

5.1.5.10. Interrogatório por carta precatória

Concebido o interrogatório como instrumento da autodefesa, traduzindo-se, em verdade, no direito de audiência do acusado com o juiz responsável pelo seu julgamento, não há sentido em sua realização por meio de carta precatória. Ora, o juiz deprecado não é o competente para o julgamento do processo, daí por que, nesse caso, o interrogatório se mostra sem importância, além de não cumprir a sua função de meio efetivo de defesa.

Tendo em consideração esse aspecto, o legislador não contempla a hipótese de realização desse ato processual por meio da expedição de carta precatória⁵⁵⁴. Vale registrar, a esse respeito, que, devido ao fato de na redação originária do Código de Processo Penal não ser prevista a expedição de carta precatória para esse fim, não obstante alguma discordância da doutrina, muito juízes passaram a permitir a realização do ato processual por essa forma, aplicando-se, por

⁵⁵¹ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. STJ, RHC 64025, 5.a Turma, m., Relator Ministro Felix Fischer, Data do julgamento 27/03/2018. Disponível em: www.enfam.jus.br/corpus/927. Acesso em: 13 jul. 2018.

⁵⁵² A regra, agora, é que as razões finais, assim como a sentença, devem ser apresentadas em audiência. As exceções são basicamente três: quando for deferido requerimento de diligências, feito em audiência, a complexidade do caso ou o número de acusados recomendar a apresentação de memoriais.

⁵⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo905htm. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁵⁵⁴ Nem o legislador originário do Código de Processo Penal nem o da Lei nº 10.792, de 2003, que trouxe diversas modificações para o interrogatório.

analogia, o que se dispõe a respeito da testemunha.

Nada obstante essa discussão fosse do conhecimento do legislador, com a feitura da Lei nº 10.792, de 2003, não se cuidou, corretamente, de fazer previsão quanto à possibilidade de expedição de carta precatória para o interrogatório. O caput do art. 185 do CPP, aliás, é muito claro a respeito: “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.” (Grifei) Pela dicção normativa peremptória do dispositivo em destaque, verifica-se que a ausência de menção do interrogatório por meio de carta precatória não foi mera omissão. Até porque, como o interrogatório, agora, está catalogado como meio de autodefesa, a ser exercido após a produção de toda a prova em audiência, o juiz teria de realizar a audiência de instrução e julgamento e, no seu final, ao invés de passar a palavra para as razões finais pelas partes e, em seguida, proferir sentença, determinar a expedição da carta precatória para o interrogatório, tudo em prejuízo da duração razoável do processo.

Portanto, ao lado das três hipóteses em que há o encerramento da audiência sem a prolação da sentença (deferimento de diligência, complexidade da causa ou número excessivo de acusados), acrescentar-se-ia outra, qual seja, quando fosse o caso de expedição de carta precatória para ouvir o acusado. O juiz não pode nem muito menos deve estabelecer essa anomalia para o procedimento, se não por outros motivos, pelo fato de trazer sérios prejuízos para a duração razoável do processo.

Se é certo que o acusado tem o direito de fazer a sua autodefesa, isso quer dizer que, quando quiser exercitá-lo, terá de comparecer perante o juiz do processo. Até porque, quando essa autodefesa é apresentada perante um juiz que não aquele que irá julgá-lo, ela não se tem por efetiva, na medida em que esse direito de audiência possui, como corolário lógico, o princípio da identidade física do juiz, que é o direito de o acusado ser ouvido pelo magistrado responsável pelo julgamento.

Poder-se-ia, é verdade, vislumbrar uma hipótese de interrogatório por carta precatória. Tal poderia se dar quando, estando o acusado impossibilitado, por enfermidade ou por velhice, de comparecer a Juízo, tendo ele manifestado o interesse em ser ouvido, por analogia, fosse aplicado o disposto no art. 220 combinado com o art. 222, ambos do Código de Processo Penal. Acontece que o Código de Processo Penal, com a alteração alvitrada pela Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, estabelece, coerentemente, que, nesse caso, não se deve fazer o interrogatório pela forma tradicional da carta precatória, mas sim por videoconferência, em consonância com interpretação extensiva dada art. 195, § 2º, II, do CPP, pelo o art. 6º, caput, da Resolução nº 105, de 2010⁵⁵⁵.

Ou seja, a expedição da carta precatória será, apenas, para que o Juízo deprecado providencie que o acusado, no dia e hora marcados, possa acompanhar, com a devida assistência de seu advogado, por videoconferência, em sua inteireza a audiência uma realizada no Juízo deprecante, e, no final, por essa via, prestar o seu interrogatório. Para ser mais claro, o parágrafo único do art. 6º da Resolução do CNJ ressalta, expressamente, que “Não deve ser expedida carta precatória para o interrogatório do acusado pelo juízo deprecado, salvo no caso do caput.”

Por consequência, em obséquio ao direito de audiência, que é o direito de o acusado se explicar perante o juiz responsável pelo seu julgamento, a videoconferência é a única forma de interrogatório sem a presença física do acusado no juízo em que se dá a realização da audiência uma, preservando-se, assim, a identidade física do juiz.

Sendo o interrogatório, conforme a posição aqui esposada, uma faculdade, se o acusado não comparecer a Juízo, para exercer o direito de ser ouvido pelo juiz responsável pelo seu julgamento, deve-se entender que ele não quis praticar esse ato. Porém, tendo ele manifestado o desejo de exercer o seu direito de audiência com o juiz responsável pelo seu julgamento, mas estando impossibilitado de comparecer a Juízo, deve-se providenciar para que o depoimento seja colhido por meio da videoconferência, com expedição de carta precatória para esse fim.

⁵⁵⁵ O art. 6º, caput, da Resolução 105, de 2010, está assim redigido: “Na hipótese em que o acusado, estando solto, quiser prestar o interrogatório, mas haja relevante dificuldade para se comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoa, o ato deverá, se possível, para fins de preservação da identidade física do juiz, ser realizado pelo sistema de videoconferência, mediante a expedição de carta precatória.”

5.1.5.11. Sistema do interrogatório

A Lei nº 11.690, de 2008, adotou o sistema do *cross examination* para a inquirição das testemunhas, assim como esclareceu que, ao contrário de como se dava no sistema presidencial, adotado anteriormente pelo Código de Processo Penal, às próprias partes caberá fazer as perguntas por primeiro, devendo o juiz, apenas, antes de encerrar a inquirição, complementá-las, se houver pontos a serem esclarecidos (art. 212, caput e parágrafo único, do CPP)⁵⁵⁶.

Esse novo regramento, porém, não traz nenhuma alteração em relação ao interrogatório. Note-se que, embora a disciplina sobre o interrogatório tenha sido obra da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, esta resultou do Projeto de Lei nº 4.204, de 2001, que fez parte do conjunto de projetos elaborados pela Comissão de Reforma para a mudança global do Código de Processo Penal⁵⁵⁷.

Por conseguinte, a despeito da modificação do sistema de inquirição das testemunhas, a Comissão de Reforma houve por bem sugerir a redação que findou sendo aprovada para o art. 188 do Código de Processo Penal. Conforme a regra ali estabelecida, as perguntas serão feitas pelo juiz, podendo as partes, caso tenha restado algum fato para ser esclarecido, fazer indagações ao acusado. De qualquer modo, a pergunta só deverá ser deferida pelo juiz se ela, além de *pertinente*, for *relevante*. Ou seja, quando se trata de interrogatório, cabe ao juiz iniciá-lo, fazendo as perguntas, podendo as partes apenas complementá-lo, quanto ao que for relevante. Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não há nenhuma incongruência em relação à sistemática estabelecida para a oitiva das testemunhas.

É que o direito ao silêncio se traduz em direito de audiência do acusado perante o juiz responsável pelo seu julgamento⁵⁵⁸. Assim, é o direito de ele se entrevistar com o magistrado, não de ser inquirido pelas partes. Por isso mesmo, não teria sentido se estabelecer, assim como ocorre em relação às testemunhas, que ao juiz caberia, apenas, a complementação das perguntas elaboradas pelas partes. Aqui a lógica, necessariamente, se inverte. Quem pergunta primeiro é o juiz, como oportunidade para o acusado, por si mesmo, apresentar a sua autodefesa.

Note-se, ainda, que, tecnicamente, o acusado, ao contrário do que ocorre no sistema americano, não é testemunha, não podendo com ela ser confundido, para fins de ser alvitado o mesmo tratamento quanto ao depoimento⁵⁵⁹. Ademais, testemunha é prova, enquanto o interrogatório, conquanto possa ser fonte de prova, trata-se de exercício do direito de defesa⁵⁶⁰.

A redação do art. 188 do Código de Processo Penal dá a entender que, quanto ao interrogatório, as eventuais perguntas das partes seguem o sistema presidencial, ou seja, devem ser formuladas ao juiz, que as reperguntará ao acusado⁵⁶¹. É que ali não se estabeleceu, efetivamente, o contraditório. Essa parece a solução acertada.

Como se sabe, o *cross examination* é sistema próprio para o efetivo contraditório da prova, o que não é o caso do interrogatório, até porque, repita-se, ele não é meio de prova, mas sim efetivo meio de defesa, de modo que o acusado não vai à audiência de instrução e julgamento para ser inquirido pelas partes.

Essa singularidade do interrogatório justifica que as perguntas complementares, elaboradas pelas partes, não sejam feitas com a adoção do sistema do *cross examination*. Alguns juízes, porém, permitem que as perguntas ao acusado, no interrogatório, sejam feitas diretamente pelas partes, o que se trata de mera irregularidade, devendo, neste caso, ser redobrada a atenção para não permitir a indução da resposta.

Até porque, mais uma vez, se despartando da regra para os demais procedimentos, assim

⁵⁵⁶ Cf. item 5.1.8.5.1, infra.

⁵⁵⁷ Cf. itens 3.2 e 3.2.2.4, supra.

⁵⁵⁸ Cf. item 5.1.5.7, supra.

⁵⁵⁹ Cf. itens 5.1.8.4 e 5.1.8.5 e 5.1.8.5 .1, infra.

⁵⁶⁰ Cf. itens 5.1.5.8 e 5.1.5.9, supra.

⁵⁶¹ “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”

como já tinha feito em relação à ordem das perguntas para as testemunhas, quanto ao interrogatório do acusado na sessão do tribunal do júri, está definido que as partes “... poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.” (art. 474, § 1º, do CPP). Esse tratamento diferente não se justifica, em que pesem as singularidades da sessão do tribunal do júri⁵⁶².

5.1.5.12. Interrogatório por videoconferência

O interrogatório por videoconferência é um grande avanço no sistema processual penal e compreende um dos passos necessários à informatização do processo, conforme a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Não se diga que a videoconferência ofende aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Basta que algumas cautelas para a maior transparência da realização do ato processual sejam tomadas, as quais, é verdade, devem ser estabelecidas em lei, a fim de evitar que não sejam dadas as devidas garantias ao acusado. A tecnologia utilizada para alguns interrogatórios feitos por essa via permite o contato privativo — em linha exclusiva e criptografada — entre o acusado e seu defensor, sendo assegurada a presença do advogado ao lado de seu cliente.

Ademais, a regra a permanecer é de que, independentemente de o acusado estar solto ou preso, o interrogatório será presencial. O sistema de audiência por videoconferência deve ser restringido, em rigor, para os casos de presos de maior periculosidade, cujo transporte pelas vias das cidades traz insegurança à sociedade, devido ao risco de fuga por tentativa de resgate. Além disso, é relevante lembrar o alto custo do transporte desses presos de alta periculosidade, que, não raro, são levados para presídios de segurança máxima, localizados em local afastado dos grandes centros urbanos e, em determinados casos, em outros estados, como nos de presos sujeitos a recolhimento em presídio federal.

Não é incomum, ainda, que dificuldades burocráticas na disponibilização dos presos ou a falta de contingente para a escolta levem a adiamentos das audiências com réus presos, atrasando significativamente a resolução dos seus processos.

Nações democráticas da Europa já adotam o interrogatório por videoconferência sem qualquer lesão a direitos individuais dos acusados. Por isso, é preciso mudar a mentalidade para que o Poder Judiciário possa aprimorar a prestação da atividade jurisdicional, compassada com os novos tempos, valendo-se dos necessários avanços tecnológicos. Ademais, em tratados multilaterais e bilaterais, assinados pelo Brasil com países estrangeiros, tem sido previsto o interrogatório à distância, com a utilização de recursos tecnológicos. De fato, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, incorporada em nosso sistema normativo infraconstitucional por meio do Decreto nº 5.15, de 12 de março de 2004, prevê a cooperação internacional quanto à produção do testemunho por videoconferência.

Ainda assim, nenhuma das quatro leis em exame disciplinou a possibilidade de realização do interrogatório por meio da videoconferência, quando o acusado se encontra preso⁵⁶³. Ademais, o art. 185, § 1º, do Código de Processo Penal, diz que, quando se tratar de acusado preso, o interrogatório, de regra, há de ser feito no estabelecimento prisional, desde que estejam garantidas as seguranças do juiz e das demais pessoas que tenham de participar do ato processual. A despeito de todos os inconvenientes de que assim seja, hoje, caso seja obedecido esse dispositivo, de duas uma: ou o juiz terá de marcar a audiência de instrução e julgamento para o presídio ou, então, depois da inquirição das testemunhas, terá de encerrar a audiência e marcar outra, agora, só para o interrogatório.

Talvez por isso mesmo, o § 1º do art. 399 do Código de Processo Penal, enxertado pela Lei nº 11.719, de 2008, determinou que “O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.” Ou seja, modificou substancialmente a regra plasmada no art. 185, § 1º, do CPP, mas, inexplicavelmente, não o

⁵⁶² Cf. item 5.1.8.5.1, *infra*.

⁵⁶³ O Projeto de Lei nº 5.073, de 2001, que previa a videoconferência no interrogatório judicial, foi rejeitado.

revogou.

Com essa disciplina, dá-se a entender que a Lei nº 11.719, de 2008, conscientemente, afastou a possibilidade de realização de interrogatório pelo sistema de videoconferência. Essa posição estaria em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 88914, relatado pelo Ministro Cezar Peluso⁵⁶⁴, segundo a qual o interrogatório feito “... por teleaudiência, estaria eivado de nulidade, porque violado o seu direito de estar, no ato, perante o juiz.”

Se mantido esse entendimento, além de não ser possível a realização do interrogatório por meio da teleconferência, sequer a lei poderia assim dispor. Entretanto, no julgamento do HC 90900, em que relatora a Ministra Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu apenas a inconstitucionalidade formal de lei paulista que disciplinava o interrogatório por videoconferência, ao fundamento de que só a União pode legislar sobre matéria processual⁵⁶⁵. Assim, nada obsta que o legislador disponha nesse sentido.

Para sanar a omissão normativa, foi sancionada a Lei nº 11.900, de 2009, que trata da possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência⁵⁶⁶. Em consonância com a lei em referência, excepcionalmente, o juiz poderá, por meio de decisão fundamentada, determinar que o interrogatório do acusado seja realizado por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (art. 185, § 2, do CPP). Na decisão, o juiz deverá expor que essa medida adotada tem como finalidade atender um dos seguintes fins: (a) prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (b) viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (c) impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 do CPP; (d) responder à gravíssima questão de ordem pública. (art. 185, § 2º, I/IV).

Exige-se que as partes sejam intimadas da decisão com a antecedência mínima de dez dias, devendo ser asseguradas ao acusado as seguintes garantias: (a) direito de acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento; (b) direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor, o que compreende o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídium e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

⁵⁶⁴ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.org.br/jurisprudencia. Acesso em: 3 nov. 2008. Merece transcrição o que consta do informativo: “Inicialmente, aduziu-se que a defesa pode ser exercitada na conjugação da defesa técnica e da autodefesa, esta, consubstanciada nos direitos de audiência e de presença/participação, sobretudo no ato do interrogatório, o qual deve ser tratado como meio de defesa. Nesse sentido, asseverou-se que o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) pressupõe a regularidade do procedimento, a qual nasce da observância das leis processuais penais. Assim, nos termos do Código de Processo Penal, a regra é a realização de audiências, sessões e atos processuais na sede do juízo ou no tribunal onde atua o órgão jurisdicional (CPP, art. 792), não estando a videoconferência prevista no ordenamento. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-la deveria ser motivada, com demonstração de sua excepcional necessidade no caso concreto, o que não ocorreria na espécie. Ressaltou-se, ademais, que o projeto de lei que possibilitava o interrogatório por meio de tal sistema (PL 5.073/2001) fora rejeitado e que, de acordo com a lei vigente (CPP, art. 185), o acusado, ainda que preso, deve comparecer perante a autoridade judiciária para ser interrogado. Entendeu-se, no ponto, que em termos de garantia individual, o virtual não valeria como se real ou atual fosse, haja vista que a expressão “perante” não contemplaria a possibilidade de que esse ato seja realizado on-line. Afastaram-se, ademais, as invocações de celeridade, redução dos custos e segurança referidas pelos favoráveis à adoção desse sistema. Considerou-se, pois, que o interrogatório por meio de teleconferência viola a publicidade dos atos processuais e que o prejuízo advindo de sua ocorrência seria intuitivo, embora de demonstração impossível. Concluiu-se que a inteireza do processo penal exige defesa efetiva, por força da Constituição que a garante em plenitude, e que, quando impedido o regular exercício da autodefesa, em virtude da adoção de procedimento sequer previsto em lei, restringir-se-ia a defesa penal. HC 88914/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 14.8.2007. (HC-88914)” (Ibid.)

⁵⁶⁵ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. J. em 30 nov. 2008. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 3 nov. 2008.

⁵⁶⁶ Havendo as mesmas razões, a videoconferência é possível igualmente para que a pessoa presa possa participar da audiência para fins de acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, inquirição como testemunha ou depoimento na qualidade de ofendido. (art. 185, § 8º, do CPP).

Ainda se exige que o corregedor, o juiz de cada causa, assim como o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil fiscalizem a sala no estabelecimento prisional reservada para a realização de atos processuais pelo sistema de videoconferência. Isso sem prejuízo de o juiz das execuções, nas visitas mensais aos estabelecimentos penais, fazer essa fiscalização.

Conquanto inicialmente tenha havido debate sobre a constitucionalidade da videoconferência, mesmo disciplinada por meio de lei federal, atualmente não há mais espaço para discussão a respeito. A única exigência é de que a decisão determinando o interrogatório por videoconferência seja devidamente motivada, mesmo com suporte em situação que não está expressamente prevista em lei. Nesse sentido, o STJ já entendeu pela legalidade do interrogatório por videoconferência, em caso que o juiz justificou a medida por força de problemas estruturais na sala de audiências⁵⁶⁷.

Logo que entrou em vigor a disposição sobre a videoconferência, houve alguma dúvida em saber a quem compete fazer as perguntas e, enfim, dirigir o ato processual, quando o ato judicial é feito por videoconferência. A Resolução nº 105, de 6 de maio de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, dirimiu qualquer dúvida a respeito.

Independentemente da situação, a direção da audiência referente ao interrogatório, assim como se dá quanto à oitiva de testemunhas, cabe ao juiz do processo, ainda que a pessoa a ser ouvida esteja localizada em outra unidade da federação. É um caso interessante em que, para a realização de ato judicial em local diverso daquele em que situado o Juízo, o juiz não precisa da colaboração de outro. Se se pensar de forma diferente, seria burocratizar, sobremaneira, a realização da videoconferência.

Mesmo quando for o caso de acusado solto, em que a expedição da carta precatória para o interrogatório se faz em consonância com o art. 6º, caput, da Resolução nº 105, de 2010⁵⁶⁸, que, conforme asseverado supra, empresta interpretação elástica do art. 185, § 2º, II, do CPP, para todos os efeitos, o depoimento será na audiência uma realizada no Juízo deprecante, de modo que a direção do ato cabe ao juiz do processo.

Para viabilizar a realização do ato judicial, basta que, o Juízo deprecado providencie, no local em que o acusado for prestar o seu interrogatório, a presença de um oficial de justiça ou outro servidor⁵⁶⁹.

Até porque, a videoconferência serve, mais do que tudo, para dar efetividade ao princípio da identidade física do juiz. Assim, garante-se ao acusado que ele será ouvido pelo juiz responsável pelo seu julgamento.

Por fim, resta fazer a distinção entre a videoconferência para fins de interrogatório da que é prevista para a inquirição de testemunhas.

Em rigor, pode-se dizer que a lógica adotada pelo legislador foi de que o acusado tem o dever de comparecer perante o juízo no qual tramita o processo, sendo irrelevante a circunstância de residir em outra localidade. Quando o interrogatório era visto como *mais um meio de prova do que direito de defesa*, o acusado tinha o *dever comparecer* para ser inquirido pelo juiz, sob pena de ser conduzido coercitivamente.

Agora que o *interrogatório é considerado facultativo*, se o acusado tiver o interesse de se explicar perante o juiz responsável pelo seu julgamento, caso resida em outra localidade distinta daquela em que tem curso o processo, precisa se deslocar até o juízo competente. Até porque, o interrogatório por meio de carta precatória na forma tradicional não se conforta com o princípio da identidade física do juiz, finalmente adotado no processo penal a partir de 2008.

⁵⁶⁷ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. STJ, HC 394233, Quinta Turma, un., Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 23/05/2017. Disponível em: www.enfam.jus.br/corpus927. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁵⁶⁸ O art. 6º, caput, da Resolução 105, de 2010, está assim redigido: “Na hipótese em que o acusado, estando solto, quiser prestar o interrogatório, mas haja relevante dificuldade para se comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoa, o ato deverá, se possível, para fins de preservação da identidade física do juiz, ser realizado pelo sistema de videoconferência, mediante a expedição de carta precatória.”

⁵⁶⁹ Cf. item 5.1.8.5.3, infra, que aborda a questão da direção do ato processual, quando se trata de inquirição de testemunha.

Com efeito, na forma tradicional, com o envio da carta precatória, o acusado é ouvido pelo juiz deprecado, magistrado distinto daquele que é o titular do processo e encarregado do julgamento. Em caso de expedição da carta precatória para que o acusado seja ouvido por videoconferência, quem vai tomar o interrogatório será o próprio juiz encarregado do julgamento.

Como se vê, o interrogatório por videoconferência, previsto com a inclusão do § 1º no art. 399 do CPP, pela Lei nº 11.900, de 2009, não representa apenas passo adequado à informatização do processo, preconizada na Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, mas, especialmente, para conferir maior amplitude e efetividade aos princípios da identidade física do juiz e da ampla defesa.

5.1.6. Impugnação das preliminares e documentos.

A Lei nº 11.719, de 2008, silenciou a respeito da necessidade de intimação, ou não, do Ministério Público, antes da decisão, caso com a resposta sejam suscitadas preliminares ou documentos. Em verdade, na proposta elaborada pela Comissão de Reforma, constava essa previsão. A proposta estava inserida no art. 395, § 4º (“Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em cinco dias”). Porém, no Parlamento, entendeu-se que ela afrontava o princípio do contraditório, na medida em que a decisão judicial seria tomada tendo como última palavra a do Ministério Público.

Esse argumento, todavia, não se sustém. Em algumas situações, pode ocorrer que o Ministério Público fale por último. É o que ocorre, por exemplo, na fase recursal. Se o recurso for interposto pelo acusado, quem fala primeiro é ele, seja na defesa escrita, seja na sustentação oral perante o tribunal.

Ademais, a doutrina insere dentre os princípios gerais da prova o do *contraditório da prova*, que quer dizer que as partes possuem o direito de tomar conhecimento e de se manifestar sobre a prova produzida pela outra. É para que uma não seja surpreendida pela outra⁵⁷⁰.

Por isso mesmo, note-se que não é caso de intimação do Ministério Público, a fim de dar-lhe a possibilidade de impugnação, quando a resposta do acusado se concentra em argumentações jurídicas, no propósito de sustentar a incidência de uma das hipóteses de absolvição sumária, sem suscitar preliminares e/ou juntar documentos. Nesse caso, não tem sentido dar-se vista, antes da decisão, ao Ministério Público. Mesmo que, intimado para falar das preliminares e/ou dos documentos anexados, o Ministério Público passe à discussão dos argumentos jurídicos apresentados pelo acusado com a sua resposta, deve essa parte da manifestação ser ignorada. Mas, repita-se, a proposta contida no projeto de lei, que findou, inadequadamente, sendo rejeitada pelo Parlamento, não era a intimação do Ministério Público ou querelante para impugnar a tese de defesa, mas para, tão só, em homenagem ao princípio do contraditório, se pronunciar sobre as preliminares e os documentos anexados, como, aliás, se dá no processo civil, embora, muitas vezes, o autor vá além da impugnação propriamente dita, o que deve ser ignorado pelo juiz.

Acontece que, nada obstante a rejeição da proposta sob esse fundamento, no procedimento dos crimes da competência do tribunal do júri, idêntico dispositivo também foi sugerido pela Comissão de Reforma, mas, nesse caso, não houve rejeição por parte do Parlamento (art. 409 do CPP). Isso só evidencia, infelizmente, a falta de visão sistemática da matéria na discussão levada a efeito no Legislativo.

Anexados documentos com a resposta, ou suscitadas preliminares, deve o juiz determinar que o Ministério Público seja ouvido, antes de proferir a decisão. Aplica-se à espécie, por analogia, o art. 409 do CPP, que estabelece, em relação ao procedimento do tribunal do júri, que o Ministério Público deverá ser ouvido, no prazo de cinco dias, sobre preliminares e documentos⁵⁷¹. A circunstância de o dispositivo que expressamente dava essa determinação ter sido rejeitado pelo Congresso Nacional não é suficiente para a sustentação do entendimento de que essa oitiva da parte

⁵⁷⁰ Cf. item 5.1.81, infra.

⁵⁷¹ O Código de Processo Civil, igualmente, prevê a intimação do autor, a fim de impugnar as preliminares e/ou documentos anexados com a resposta.

autora é impertinente.

A interpretação sistêmica do Código de Processo Penal impõe que seja dada, independentemente do tipo de procedimento, a oportunidade de o Ministério Público impugnar a resposta, em relação às preliminares suscitadas e aos documentos anexados. Até porque, de duas uma: ou o argumento utilizado pelo Parlamento para rejeitar a aprovação do § 4º do art. 395, sugerido pela Comissão Revisora, está equivocado, ou então, se se entender que ele procede, a solução que se apresenta é a de entender-se que o art. 409 do Código de Processo Penal é inconstitucional. De fato, como não se admitir que, em obséquio ao contraditório, ao Ministério Público seja permitido, quanto aos demais procedimentos, de se pronunciar, antes da decisão, sobre as preliminares e/ou documentos juntados com a resposta, mas, de outra banda, aceitar que tal se verifique quando o procedimento for aquele alvitado para os crimes julgados pelo tribunal do júri? Não há como. Ou a intimação é necessária para todos os procedimentos ou, então, para nenhum. Até porque, a esse respeito, não há nenhuma peculiaridade que justifique um tratamento diferente só para o procedimento do tribunal do júri.

A esse respeito, surgiram algumas decisões judiciais reconhecendo a nulidade do processo, quando o juiz, seguindo a orientação aqui alvitada, que é similar à que foi adotada no Plano de Gestão das Varas Criminais e de Execução Penal, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, concedia vista dos autos ao Ministério Público, para fins de manifestação sobre as preliminares e documentos anexados com a resposta.

Para complicar ainda mais, também havia questionamento quanto à regularidade processual, na hipótese em que o juiz, nesse caso, na direção do processo, sendo suscitada preliminar ou anexado documento novo com a resposta apresentada pela defesa, antes de decidir, não concedia vista dos autos ao Ministério Público.

A primeira turma do Supremo Tribunal Federal, todavia, em boa hora, firmou passo em consonância com o entendimento aqui sustentado, na medida no julgamento ocorrido em 07 de fevereiro de 2012, indeferiu, à unanimidade, o pedido de nulidade pleiteado no Habeas Corpus 105739/RJ, formulado com suporte no argumento de que a prévia oitiva do Ministério Público, após a apresentação da resposta e antes da decisão sobre a absolvição sumária, caracterizava inversão na ordem processual. Na ementa do voto, o Ministro Marco Aurélio⁵⁷² salientou que, sendo "... articuladas, até mesmo, preliminares, é cabível a audição do Estado-acusador, para haver definição quanto à sequência, ou não, da ação penal."

5.1.7. Decisão sobre o pedido de absolvição sumária

Antes da Reforma Tópica de 2008, o Código de Processo Penal não previa a possibilidade de julgamento antecipado do processo. O entendimento era de que, uma vez recebida a ação penal, a decisão do mérito tinha de ser guardada para depois da instrução e respectivas razões finais. Parte da doutrina reclamava, pois, em vários casos, mesmo o juiz tendo convicção da inocência do acusado, desde que tivesse sido recebida a ação penal, não podia absolvê-lo desde logo, tendo de realizar, necessariamente, a instrução processual. O legislador resolveu essa anomalia, prevendo a hipótese da absolvição sumária, na qualidade de julgamento antecipado. Observe-se que esse julgamento antecipado no ambiente criminal, tendo em conta a repercussão tanto do princípio da presunção de não culpabilidade quanto o da ampla defesa, só pode ocorrer no sentido da absolvição.

Outra singularidade que permeia a absolvição sumária é que ela pode ser em parte. Imagine-se a situação em que há mais de um acusado, no entanto, a absolvição sumária diz respeito a apenas um deles. Ou então no caso em que ao acusado é imputada a prática dos crimes tipificados como *A* e *B*, e o juiz absolve sumariamente só em relação ao crime *B*. Nesse caso, a absolvição,

⁵⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Disponível em stf.jus.br/portal/processo. Acesso em: 17 jun. 2012.

que é uma sentença de mérito⁵⁷³, será apenas em parte. Note-se que, no ponto, o Código de Processo Penal inovou quanto à possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito, mas, ao contrário do ambiente civil (art. 356 do NCPC), isso só pode ocorrer no sentido da absolvição. Portanto, antes mesmo da previsão do julgamento antecipado parcial do mérito que é uma das inovações do NCPC, esse instituto já era contemplado no processo penal, desde a Reforma Tópica de 2008⁵⁷⁴.

Em consonância com o art. 397 do Código de Processo Penal, apresentada a resposta, o juiz deve absolver sumariamente o acusado, desde que verifique uma das seguintes circunstâncias:

- (a) a *existência manifesta* de causa excludente da ilicitude do fato;
- (b) a *existência manifesta* de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;
- (c) o *fato narrado evidentemente* não constituir crime; ou
- (d) extinta a punibilidade do agente⁵⁷⁵.

Como se observa, salvo a hipótese de extinção da punibilidade do agente, que se trata de questão de ordem objetiva, nas demais, para que o juiz, nessa fase, prolate sentença absolvendo sumariamente o acusado, é preciso que a decisão seja calcada em um juízo de certeza, tal como se lhe é exigido para exarar, no final do processo, sentença condenatória. Vejam-se as expressões usadas, corretamente, pelo legislador, que foram grifadas acima: *a existência manifesta e o fato narrado evidentemente*.

É que, aqui, não vigora o princípio da *presunção de não culpabilidade, ou seja, ou do in dubio pro reo*, mas sim, apenas, o *da presunção de inocência*, no seu sentido estrito, cuja flexibilização ocorre quando existente, tão-somente, prova da materialidade do fato tido como ilícito e indícios de autoria. Desse modo, na dúvida, o juiz deve deixar para analisar a questão no momento natural, que é quando no final, após a instrução do processo.

Aqui se aplica a mesma doutrina a respeito da absolvição sumária prevista para o procedimento do tribunal do júri. Por conseguinte, ela somente é admissível quando o juiz tiver certeza da inculpabilidade, da inimizabilidade ou de que, efetivamente, o fato imputado ao acusado não é crime.

Inverte-se, por conseguinte, a lógica do processo: para absolver, sumariamente, a decisão do juiz, na sua motivação, tem de estar acompanhada de prova robusta em prol do acusado — prova material. Isso porque, em rigor, ela é uma decisão de exceção, que somente deve ser dada nas hipóteses em que o juiz está seguro, com base na robustez da prova, de que o acusado deve ser, independentemente da instrução do processo, desde logo absolvido.

Das hipóteses de absolvição sumária ensejam algumas explicações. Quanto à excludente de culpabilidade, o legislador ressaltou que a prolação da decisão de absolvição sumária somente deve ocorrer se não for hipótese de inimizabilidade, reportando-se aos casos em que a absolvição se dá devido à circunstância de, ao tempo da infração, o acusado ser considerado inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26, caput, do CP). Isso porque a sentença proferida sob esse fundamento não é efetivamente absolutória, uma vez que ela dá ensejo à aplicação de medida de segurança que, conquanto não se confunda com pena, impõe restrições à pessoa, podendo ser, até mesmo, com relação ao direito de liberdade, quando é de espécie detentiva. Ademais, sendo a medida de segurança detentiva, ela não possui, sequer, prazo definido. Por isso mesmo, para ser dada a sentença com esse fundamento, é preciso, antes, o juiz chegar à conclusão de que o fato criminoso ocorreu, que foi praticado pelo acusado, porém, em razão de não possuir higidez mental, não pode ser responsabilizado criminalmente com a imposição de pena, sendo passível, tão só, de medida de

⁵⁷³ Cf. item 5.1.7.1

⁵⁷⁴ Faltou apenas o legislador penal ter salientado qual a espécie de recurso cabível, circunstância que não passou despercebida no NCPC, pois ali restou consignado que, na hipótese, o recurso cabível é o agravo. Até porque não seria razoável que um mesmo processo comportasse dois recursos de apelação. Mesmo antes do NCPC, o entendimento era no sentido de que o recurso cabível da decisão de absolvição sumária parcial era o recurso em sentido estrito.

⁵⁷⁵ Cf. item 5.1.5.1, supra.

segurança, ainda que detentiva. Para essa conclusão, portanto, é preciso que haja o devido processo legal, máxime porque a tese de defesa pode ser de negativa de autoria, excludente de criminalidade, inexistência de conduta diversa etc.

Outro ponto que chama a atenção é que o legislador, por questão de política criminal, elegeu a hipótese de extinção de punibilidade como causa de absolvição sumária. Antes, diante da divergência a respeito da natureza jurídica do pronunciamento judicial quando do reconhecimento da extinção da punibilidade, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 18, a fim de deixar consignado que “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. Acontece que com a inclusão do art. 396-A, inciso IV, no CPP, a extinção de punibilidade, por expressa disposição legal, passou a ser hipótese de absolvição, restando, portanto, superado o entendimento sumular.

Note-se que, quando há a extinção da punibilidade, não ocorre, efetivamente, pronunciamento da inculpabilidade do acusado. Aliás, a doutrina discute se, no caso em que o acusado afirma a sua inocência, sendo julgado extinto o processo diante do reconhecimento da extinção da punibilidade, seria admissível o recurso de apelação, a ser interposto por ele. A despeito de alguns serem favoráveis ao cabimento do recurso nessa hipótese, a jurisprudência majoritária é em sentido contrário, ao fundamento de que, tendo sido absolutória a sentença, o acusado não se apresenta como sucumbente para fins de interposição da apelação. Talvez para colocar fim a essa discussão, o legislador preferiu deixar esclarecido que, agora, quando for caso de extinção da punibilidade, a decisão judicial será de absolvição, não de mera extinção.

Essa tomada de posição põe fim, ainda, à discussão sobre a possibilidade de dar-se reinício ao processo, quando, extinto o processo com base em certidão de óbito, posteriormente, vem a se descobrir que o acusado está vivo. Nesse caso, não se pode alegar mais que a sentença de extinção faz coisa julgada apenas de ordem formal. Com a nova lei, a sentença que absolve sumariamente devido ao reconhecimento da extinção da punibilidade, dentre as quais se inclui aquela que é proferida com suporte em certidão de óbito que atesta o falecimento do acusado, faz coisa julgada material. É, para todos os efeitos, sentença absolutória.

O fato de o legislador, por incoerência sistêmica, não ter incluído, no art. 386 do CPP, a extinção de punibilidade como hipótese de sentença absolutória, obviamente não pode animar o intérprete a fazer outra leitura do art. 397, IV, do CPP. Seria surreal que uma circunstância fosse suficiente para dar ensejo à absolvição sumária do art. 397 do CPP, mas, igualmente, não se prestasse para a sentença absolutória do art. 386 do mesmo Ordenamento Processual. Como os princípios que regem um e outro momento processual são diferentes, no caso da absolvição sumária, o princípio da *presunção de inocência* (para a admissibilidade da ação penal basta a existência de justa causa), e o da absolvição com a sentença final, o da *presunção de não culpabilidade* ou *in dubio pro reo* (para condenar se exigência que seja afastada a dúvida razoável), evidentemente, nem toda hipótese desta se aplica àquela. Mas, por imposição de ordem lógica, toda e qualquer hipótese de absolvição sumária é, do mesmo modo, causa para a absolvição com a sentença final.

Ainda há uma questão a ser destacada. O legislador merece crítica porque não manteve a coerência entre as hipóteses de absolvição sumária previstas para todos os procedimentos, constantes do art. 397 do CPP⁵⁷⁶, com aquelas específicas para o tribunal do júri, estampadas no art. 415 do CPP. Veja-se que o art. 415 do Código de Processo Penal, com a alteração da Lei nº 11.689, de 2008, estabelece a absolvição sumária do acusado por meio de decisão fundamentada do juiz, quando:

I— provada a inexistência do fato;

⁵⁷⁶ O art. 394, § 4º, do CPP, preceitua que os arts. 395 a 398 do CPP se aplicam a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que regulados neste Código, de modo que as disposições do art. 397 incidem como hipótese de absolvição sumária no procedimento do tribunal do júri. Assim, após a resposta, se a matéria for suscitada pela defesa, o juiz deverá decidir fundamentadamente com base no art. 397 do CPP, sem embargo de esse exame ser renovado quando do encerramento da instrução da primeira fase, agora por força do art. 415 do mesmo Diploma Legal.

- II — provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
- III — o fato não constituir infração penal;
- IV — demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Como se vê, em relação ao procedimento do tribunal do júri, *provada a inexistência do fato*, deve o juiz absolver, liminarmente, o acusado, sem submetê-lo a julgamento pelo conselho de sentença (art. 415, I, do CPP). Do mesmo modo, a existência de *prova de não ser o acusado autor ou partícipe do fato* (art. 415, II, do CPP, com redação da Lei nº 11.689, de 2008) é causa para a absolvição sumária. Adequadamente, essas duas hipóteses constam do rol das causas de prolação de sentença absolutória (art. 386, I e IV), as quais, para serem invocadas na sentença, exige que o pronunciamento judicial esteja calcado na verdade material, não sendo bastante a mera dúvida, uma vez que não se aplica o princípio do *in dubio pro reo*⁵⁷⁷.

Acontece que essas duas hipóteses não foram imaginadas para a absolvição sumária do art. 397 do CPP, quando se tratar dos demais procedimentos. Não tem o menor sentido a omissão do legislador. Nesses casos, o juiz deve, igualmente, absolver sumariamente. Dessa forma, em verdade, ao invés de quatro hipóteses, o art. 397 do CPP, em razão de interpretação analógica com os arts. 415, incisos I e II, do CPP e 386, I e IV, contempla mais duas causas de absolvição sumária, quais sejam, quando *provada a inexistência do fato* e quando houver a *prova de não ser o acusado autor ou partícipe do fato*. Aliás, essa situação não é rara em processos que seguem ritos diferentes ao do tribunal do júri, sendo mesmo bastante comum nos delitos em que se apura infração tributária, quando a imputação pela prática do ilícito é feita aos sócios em geral, e não apenas àqueles que foram os responsáveis pela sonegação do tributo.

Por fim, ainda padece de crítica a falta de metodologia terminológica única para as hipóteses de absolvição sumária tratadas nos arts. 397 e 415 do CPP. Na primeira regra normativa, o legislador deu preferência pela expressão *existência manifesta*. No entanto, na segunda, ele achou por bem utilizar outra, qual seja, *provada* ou *demonstrada*. Aí uma pergunta há de ser feita: A *existência manifesta* de causa excludente da ilicitude do fato ou de culpabilidade do agente, que dá ensejo à absolvição sumária do art. 397, I, do CPP, é a mesma coisa de *demonstrada* causa de isenção de pena ou de exclusão do crime, estabelecida como hipótese de absolvição sumária no art. 415, IV, do CPP? Não se tem dúvidas que sim. O que se lamenta é que o legislador foi excessivamente incoerente.

Do mesmo modo, a causa de absolvição sumária consubstanciada na circunstância de *o fato narrado não constituir infração penal*, prevista no art. 415, III, do CPP, é a mesma coisa de *o fato narrado evidentemente não constituir crime*, hipótese catalogada no art. 397, III, do CPP. Isso porque, nada obstante a falta de técnica na redação do art. 415, III, do CPP, de há muito a jurisprudência é consolidada no sentido de que a absolvição sumária no procedimento do tribunal do júri só é cabível quando o juiz preferir a sentença com base em verdade escoimada de dúvida razoável sobre a inocência do acusado. Em outras palavras, na dúvida, ao invés de absolver sumariamente, deve ser pronunciado o acusado.

Não se pode deixar de reconhecer, porém, que é provável que as nomenclaturas distintas utilizadas pelo legislador, nas hipóteses de absolvição sumária dos arts. 397 e 415 do CPP, tenham sido de caso pensado, diante da preocupação em realçar que a absolvição sumária do primeiro dispositivo ocorre quando não houve, sequer, a instrução do processo. Dessa forma, o exame feito, para fins de absolvição sumária, no momento do art. 397, é bem mais precário do que aquele do art. 415, pois este pressupõe toda a instrução da primeira fase e a apresentação das razões finais por ambas as partes. Nesse caso, a *dúvida* como limitação para a absolvição sumária do art. 397 do CPP é bem mais forte do que aquela do art. 415 do mesmo Diploma Legal⁵⁷⁸.

Seja como for, a interpretação sistêmica dos arts. 397 e 415 do Código de Processo Penal permite a conclusão de que são hipóteses de absolvição sumária, em relação a todo e qualquer

⁵⁷⁷ Cf. item 5.1.9.9.4, infra.

⁵⁷⁸ Cf. item 5.3.2, infra.

procedimento:

- (a) a *existência manifesta* de (ou *quando demonstrada* a) causa excludente da ilicitude do fato;
- (b) a *existência manifesta* de (ou *quando demonstrada* a) causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;
- (c) o *fato narrado* (*evidentemente*) não constituir crime;
- (d) extinta a punibilidade do agente;
- (e) a existência manifesta da (ou quando provada a) inexistência do fato;
- (f) a *existência manifesta* de (ou *quando provado*) não ser o acusado autor ou partícipe do fato.

Em todos esses casos, o pronunciamento do juiz se faz por meio de sentença, a qual faz análise de mérito, de modo que há formação de coisa julgada material.

5.1.7.1. Natureza jurídica da decisão exarada às matérias suscitadas na resposta do acusado e prazo

O Código de Processo Civil de 2015, no art. 203, define os atos judiciais em: (a) *sentença*, o pronunciamento do juiz que, nos termos dos arts. 485 e 487 do NCPC, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução; (b) *decisão interlocutória*, o pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadra como sentença; e (c) *despacho*, todos os outros pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte. A par desses pronunciamentos judiciais, ainda há os atos ordinatórios, assim denominados os atos de mero expediente sem caráter decisório, os quais podem ser praticados pelos próprios servidores do cartório ou seção judiciária (art. 93, XIV, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

O Código de Processo Penal, todavia, segue uma nomenclatura bem diferente. No ambiente criminal, os atos judiciais praticados pelo juiz no curso do processo, são classificados como decisão: (a) *interlocutória simples*, que é o pronunciamento sem apreciação de mérito (ex. recebimento de denúncia, decretação ou rejeição da prisão preventiva, desacolhimento de alegação de ilegitimidade de parte, deferimento ou indeferimento de habilitação de assistente de acusação) e, por isso mesmo, de regra, não comporta recurso. (b) *interlocutória mista*, decisão com força de definitiva, tendo o condão de *encerrar uma etapa* do processo (não terminativa), como é o exemplo da decisão de pronúncia, ou de *encerrar o processo*, sem julgamento do mérito (terminativa), tendo como exemplos a impronúncia e a rejeição da denúncia, decisão pela ilegitimidade de parte ou que acolhe a exceção de coisa julgada ou de litispendência; e (c) *definitivas* (ou sentenças em sentido próprio), que são as que solucionam a lide, com o *julgamento do mérito*.

Se a decisão rechaça a absolvição sumária, ela é interlocutória mista, pois, nesse caso, encerra a fase postulatória do processo, demarcando o início da instrução. Aliás, essa decisão serve, igualmente, para sanear o processo. Caso na resposta a defesa suscitar a falta de algum pressuposto processual ou de alguma condição da ação, se for acolhida a preliminar, o pronunciamento judicial se dá por decisão qualificada como interlocutória mista, pois põe fim à relação processual, sem a apreciação de mérito⁵⁷⁹.

Sendo a decisão de absolvição sumária, em qualquer uma das hipóteses elencadas no art. 397, ela possui a natureza de definitiva, ou seja, é sentença propriamente dita, pois com ela se julga o mérito, ainda que mediante cognição abreviada. Faz, por conseguinte, coisa julgada material.

Não tendo sido assinalado prazo específico para a prolação da decisão, aplica-se o preceituado no art. 800, I, § 1º, do Código de Processo Penal, de modo que deverá ser proferida no

⁵⁷⁹ Como já foi salientado, a forma de a defesa suscitar o contraditório sobre os pressupostos processuais e as condições da ação é agitando essa matéria na resposta, quando, então, o juiz, necessariamente, terá de, no momento próprio do art. 397, decidir fundamentadamente sobre essas preliminares, com a consequente rejeição da denúncia ou a ratificação de seu recebimento, sem nenhuma implicação, nesse caso, quanto ao prazo prescricional, pois a sua ininterrupção se deu com o recebimento da denúncia, sendo que a segunda se dá, quando aquela é válida, apenas com a sentença condenatória.

prazo de dez dias, se for definitiva ou interlocutória mista, e de cinco, se for interlocutória simples.

O juiz poderá, no entanto, deixar para intimar as partes do seu inteiro teor na própria audiência de instrução e julgamento, o que, em certa medida, é até recomendável, como forma de concentrar os atos processuais.

5.1.7.2. Saneamento do processo

A decisão prevista no art. 397 do Ordenamento Processual Penal se apresenta como o momento, igualmente, para o juiz promover o saneamento do feito, pronunciando-se, expressamente, sobre as provas requeridas e especificadas. Como foi salientado, no processo penal, toda a espécie de prova pretendida pelo Ministério Público, até mesmo a pericial, seja quanto ao pedido de realização de nova perícia, ou mesmo de esclarecimentos pelo experto na audiência, deve ser requerida na exordial, enquanto as da defesa com a resposta, sob pena de preclusão. Salvo quanto ao pedido, feito no curso do processo, de esclarecimentos ao perito que, nos termos do art. 156, § 5º, I, última parte, do Código de Processo Penal, deve tomar conhecimento da intimação com a antecedência mínima de 10 dias da audiência⁵⁸⁰.

Não sendo o caso de rejeição da ação penal diante do reexame da matéria por força de preliminar nesse sentido agitada na resposta do acusado, nem de absolvição sumária, a decisão interlocutória simples se apresenta como momento para o juiz designar dia e hora para a audiência de instrução e julgamento.

Aqui foi ressaltado que esse é o momento para designar a data de audiência, quando se tratar de varas com maior número de processos em trâmite. Nas varas com poucos processos, o ideal é na decisão de recebimento da ação penal, que ocorre logo no início do processo, o juiz já marcar a data da audiência. Caso adotada essa providência, ganha-se em economia de atos processuais, com conseqüente menor carga de trabalho para a secretaria do Juízo, mais eficiência e celeridade do trâmite processual⁵⁸¹.

O art. 399 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 11.719, de 2008, em sua leitura literal, dá a entender que o recebimento da ação penal só se dará neste momento em que o juiz analisar a resposta do acusado, como conseqüência pelo fato de não ter rejeitado a ação penal ou não ter absolvido liminarmente o acusado. Porém, não é bem assim, pois o momento adequado é o do art. 396, caput. Para não repetir o que foi expandido a respeito, merece leitura o que restou esposado no item 5.1.3, supra.

5.1.7.3. Decisão sobre as provas ilícitas

Sendo espécie de despacho saneador, aqui seria o momento de o juiz decidir eventual arguição de inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito⁵⁸². Naturalmente, se a defesa quer que esse assunto seja, necessariamente, enfrentado e decidido antes da sentença final, terá de suscitar essa questão na resposta.

É verdade que, em se tratando de matéria de ordem pública, independentemente de arguição, o juiz pode pronunciar a nulidade da prova, no momento da prolação dessa decisão. A questão poderá ser suscitada, até mesmo, pelo Ministério Público, quando da impugnação à resposta, em relação à prova que foi trazida pelo acusado.

Dependendo da implicação que o enfrentamento do assunto tiver quanto ao mérito, o juiz deverá deixar para apreciar a matéria relativa à prova ilícita para quando da prolação da sentença. Aliás, essa parece ser a melhor solução a ser adotada, a não ser, é claro, quando for hipótese de absolvição sumária. Se o juiz vai proferir, ao examinar a resposta do acusado, a absolvição sumária,

⁵⁸⁰ Cf. item 5.1.9, infra.

⁵⁸¹ Cf. item 5.1.3.2, supra.

⁵⁸² Cf. itens 5.1.8.2 e segs., infra.

é pertinente que ele, se for o caso, aborde a questão referente à licitude, ou não, da prova.

Porém, quando não for o caso de absolvição sumária, mesmo que o exame da prova não implique em discussão do mérito em si, não deve a questão da ilicitude da prova ser enfrentada neste momento processual. Isso porque, acolhida, ou não, a tese da ilicitude da prova, independentemente da parte que a requereu, é mais do que evidente a necessidade de que seja dada oportunidade para a interposição de recurso, pelo sucumbente. E mais, que esse recurso seja decidido antes da sentença, ou seja, do final do processo. Parece evidente que mesmo não tendo o recurso cabível efeito suspensivo, na prática, o assunto nele tratado, que diz respeito à admissibilidade, ou não, de prova com direta implicação quanto ao julgamento do mérito, se apresenta como questão prejudicial. Na prática, ocasionará a suspensão do julgamento do processo, enquanto não definida a questão prejudicial. Até porque, se julgado o processo com a admissibilidade da prova e, nesse intervalo de tempo, apreciado o recurso, com a decisão pela inadmissibilidade, o processo, que poderá já estar em segunda instância para o exame do recurso de apelação, será considerado nulo, a partir da sentença. Ou seja, vários atos processuais subsequentes seriam praticados de forma totalmente inútil. Do mesmo modo, se ao sanear o processo o juiz considerar a prova inadmissível, proferindo, depois, sentença absolutória, sendo provido o recurso que impugnou a decisão interlocutória, isso traz consequência direta para a sentença, que não poderia ter desprezado a prova inadmitida.

A ideia de que essa decisão sobre a ilicitude da prova é recorrível está na expressão *preclusa* que consta do § 3º do art. 157 do CPP. Ali se diz que, sendo ilícita a prova, o juiz deve declará-la e determinar o seu desentranhamento, com a sua consequente inutilização, quando a decisão estiver preclusa.

Mesmo que venha a ser firmado o entendimento de que essa decisão sobre a inadmissibilidade da prova é irrecorrível, daí por que não há preclusão para a parte, razão pela qual a sua prolação deve ser feita antes da audiência, ainda assim, ela é de todo desaconselhável⁵⁸³. Ora, se for decidida pela ilicitude, mas, mesmo assim, a pretensão acusatória for julgada procedente pela sentença, nesse caso, o Ministério Público não será sucumbente para fins da interposição do recurso de apelação. Assim, devido à condenação, sendo interposto o recurso pelo acusado, na apreciação da apelação, o tribunal pode absolvê-lo tendo em consideração que as provas tidas como válidas e admitidas pelo juiz, são insuficientes para a condenação. O prejuízo aí está bastante evidenciado.

Por outro lado, se o juiz considerar as provas válidas, não sendo dado à defesa o direito de recurso, mas, mesmo assim, sendo julgada improcedente a sentença, não poderia ser manejada a apelação em prol do acusado. Isso poderia prejudicá-lo, caso interposto recurso pelo Ministério Público. É verdade que, nessa situação, o tribunal poderia, se aceita a tese de que não há o *tantum devolutum quantum appellatum*, de modo que as matérias que aproveitam à defesa podem ser conhecidas de ofício, declarar a ilicitude da prova admitida pelo juiz, da qual não foi interposto recurso. Mas, mesmo assim, não se pode deixar de reconhecer o inconveniente para a defesa.

Exatamente em razão dessas considerações, o Projeto de Lei nº 4.206, de 2001, que trata dos recursos e das ações autônomas de impugnação, incluiu no elenco de admissibilidade de recurso das decisões interlocutórias, a hipótese em que a decisão *declarar lícita ou ilícita a prova*⁵⁸⁴. Mas, ainda assim, como se disse acima, essa não é a solução para os problemas ocasionados com decisão prévia sobre a admissibilidade, ou não, da prova acostada aos autos.

O melhor mesmo é o juiz, pelo menos como regra, deixar para se pronunciar sobre a ilicitude ou não da prova com a sentença. Dessa forma, se dá uma concentração maior dos atos do processo, com ganho para a simplificação e consequente celeridade, além de não conferir ensejo a abertura de discussão paralela por meio da interposição de recurso, contemplando questão

⁵⁸³ No processo penal, como regra, as decisões interlocutórias não são passíveis de recurso, a não ser, em princípio, quanto às materiais indicadas nos incisos do art. 581 do CPP.

⁵⁸⁴ Na proposta, o atual recurso em sentido estrito passa a ser chamado agravo, admissível, apenas, nas hipóteses mencionadas nos incisos do art. 582.

prejudicial.

Aliás, essa decisão prévia só teria sentido mesmo caso tivesse sido aprovado o § 4º previsto para o art. 156, que preceituava o impedimento do juiz que tivesse tido contato com a prova ilícita. Ora, se o juiz decidisse pela nulidade da prova, após a preclusão da decisão, ele teria de determinar a sua inutilização e, em seguida, afirmar o seu impedimento, com a consequente remessa dos autos para o juiz que iria substituí-lo⁵⁸⁵. Evidentemente, o juiz não poderia deixar para decidir a respeito no momento de proferir a sentença. Isso porque, mesmo que ele considerasse a prova ilícita, pelo fato de ter tido contato com ela, não poderia julgar o caso, especialmente se fosse para condenar⁵⁸⁶.

Se não fosse tomada essa providência, ou seja, caso a prova permanecesse nos autos, o juiz para o qual o processo fosse remetido, ao recebê-lo, igualmente, ficaria impedido, pois teria tido contato com a prova ilícita.

Por conseguinte, na medida em que o § 4º do art. 157 do CPP foi vetado pelo Presidente da República, não há a menor necessidade de que haja a decisão prévia sobre a inadmissibilidade da prova. A decisão sobre a ilicitude de prova, portanto, salvo quando for o caso de acolhimento da tese de absolvição sumária, deve ocorrer no final do processo, no momento próprio para o julgamento.

5.1.8. Das provas

As questões de ordem criminal, sempre e sempre, envolvem discussão de base fática com certo grau de complexidade. Ademais, no processo criminal, além de o juiz ter como missão precisar os elementos objetivos pertinentes ao fato criminoso e às suas circunstâncias, ele ainda tem de imiscuir-se nos elementos subjetivos da conduta, a fim de definir, em muitos casos, se a ação foi praticada com dolo ou a título de culpa. Sem embargo disso, conquanto em muitos casos seja fácil se perceber que a ação delituosa, por meio mesmo de dados objetivos, foi praticada com dolo, não raro, há dificuldade extrema em se definir qual era a verdadeira intenção do agente. Observe-se a distinção, sempre tormentosa, se o agente queria praticar lesão corporal ou o crime de homicídio, quando da agressão resulta a morte da vítima. Nesse caso, o meio empregado ou a forma e circunstâncias da ação criminosa, por si sós, não se prestam para elucidar a dúvida. Por isso mesmo, a prova no processo criminal é reputada como a sua espinha dorsal.

Segundo Mittermayer⁵⁸⁷, “... em toda sentença dada sobre a culpabilidade de um acusado há uma parte essencial que decide se foi cometido o delito, se o foi pelo acusado, e que circunstâncias de fato determinam a penalidade”, questões que somente são elucidadas por meio da produção das provas. Por isso mesmo, conforme ensina Malatesta⁵⁸⁸, “... o fim supremo do processo judicial penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva”. Pode-se dizer, assim, que a prova é o elo essencial entre um acontecimento jurídico e a realização da justiça, escopo fundamental do Direito.

Carnelutti⁵⁸⁹, em estudo dedicado à teoria da prova, diz que

O juiz, com efeito, ao julgar, quer saber o que houve, além do presente, no passado da pessoa a quem se julga, e o que haverá em seu futuro: se cometeu ou não um certo delito e se uma certa pena valerá ou não aos fins da prevenção e da repressão. O juízo é, em definitivo, uma espécie de salto além,

⁵⁸⁵ Cf. item 5.1.8.2.5, *infra*.

⁵⁸⁶ Pela forma como sugerido e aprovado pelo Congresso Nacional, o § 4º em comento, pela sua literalidade, estabelecia que o juiz, tendo tido contato com a prova ilícita, estaria impedido de funcionar no processo, o que incluía, naturalmente, para sentenciar, fosse para condenar, fosse para absolver. Cf. item 5.1.8.2.6, *infra*.

⁵⁸⁷ Apud Dellepiane, Antonio. **Nova teoria da prova**. Tradução Érico Maciel. 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 25.

⁵⁸⁸ MALATESTA, Nicola Framarino. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: CONAN editora Ltda., 1995. v. 2. p. 88.

⁵⁸⁹ **Das provas no processo penal**. Tradução Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005, p. 13-14.

mas para saltar é necessário algo firme sob os pés. Este algo de firme é o presente, do qual se argúi aquele desconhecido passado ou futuro; a isto se faz referência quando se fala de provas.

A missão investigadora do juiz, no exame das provas, assemelha-se à do historiador. Para revelar a verdade e, assim, poder decidir corretamente, utiliza-se dos rastros, vestígios ou sinais deixados pelo fato ou fatos que precisam ser apurados e examinados. Há de se convir que reconstruir o passado não é fácil. Evidentemente que as coisas, fatos ou seres existentes ou que já existiram, em certo sentido, são únicos, sendo impossível a reprodução em idênticas condições de tempo, lugar e outras circunstâncias. De todo modo, podem ser repetíveis em condições às vezes idênticas às anteriores, exceto quanto às circunstâncias de tempo, ou, ainda, em condições quase idênticas ou com diferenças mínimas que não comprometem a revelação do que aconteceu.

Em certa medida, quanto à comprovação dos fatos, o processo se assemelha a um livro de história. Ao contar fatos que ocorreram em uma determinada época, o historiador, com suporte nas evidências, depoimentos e documentos, expõe uma *verdade* que ele acredita corresponder a uma realidade concreta que se deu em condições determinadas de tempo e espaço, *verdade* essa elaborada em consonância com as evidências (provas). A prova, assim, serve para que se tenha a imagem de um fato acontecido no passado.

Parece óbvio asseverar que o juiz não julga os fatos *in natura*, tal como eles se verificaram no mundo fenomênico, mas apenas a versão desses fatos⁵⁹⁰, de acordo com a prova carreada aos autos⁵⁹¹. Tendo em conta essa consideração, Malatesta leciona que “O objeto principal da crítica criminal é, portanto, indagar como, da prova, pode legitimamente nascer a certeza do delito...”

Diante do papel relevante assumido pela prova — notadamente no processo penal —, nos Estados Unidos, diz-se que, como decorrência lógica do *due process of law*, as partes possuem o *right to evidence*⁵⁹².

Constituindo-se a espinha dorsal do processo criminal, nem por isso, o *direito de provar* é irrestrito. A mesma ordem de ideias que comandou a virada jurídica no sentido de não conferir validade à confissão tomada sob tortura, respaldou a concepção de que o processo criminal ditado pelo respeito aos direitos fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos não se harmoniza com a admissibilidade de provas que, conquanto verdadeiras, tenham sido produzidas com a agressão de regras de proteção, especialmente aquelas que estão catalogadas dentre os direitos fundamentais⁵⁹³. A validade da prova se insere no contexto do *devido processo legal* como categoria indispensável à legitimação do exercício da função jurisdicional, pautada em processo justo e legal, “... não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional”⁵⁹⁴.

Se na perspectiva do Ministério Público a prova é um *dever-poder*, mais um dever do que um poder, pois limitado pelo preceito que torna inadmissível as provas produzidas por meio ilícito, em relação ao acusado, o *right to evidence* é corolário lógico do direito à ampla defesa, o que, como veremos, chega ao ponto de levar à conclusão de que, mesmo aquela obtida em desacordo com a legalidade, pode ser utilizada em prol do acusado, mediante a aplicação da teoria da *prova benéfica em prol do acusado*⁵⁹⁵.

Há de notar-se que, conquanto o acusado não tenha o ônus de provar a sua inocência, cabe-lhe, a fim de obter sucesso na demanda processual, pelo menos conseguir estabelecer dúvida razoável, o que em muitos casos não se alcança apenas por meio do uso da retórica, sendo necessária a produção de alguma prova, daí por que pertinente o instituto da denominada

⁵⁹⁰ A história contada nos livros, de igual forma, não contém os fatos *in natura*, trata-se apenas da versão a respeito dos acontecimentos. Daí por que tanto mais verossímil é o livro de história quanto mais robustas forem as evidências, ou seja, as provas de que o que se está dizendo corresponde à realidade dos fatos.

⁵⁹¹ Op. cit., p. 88.

⁵⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, p. 66.

⁵⁹³ Cf. item 4.1.8.2, *infra*.

⁵⁹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, p. 22.

⁵⁹⁵ Cf. item 5.1.8.2.4.5, *infra*.

investigação defensiva, tratado no item 5.A.4, supra.

Em arremate, importa salientar o que foi dito sobre a prova do prejuízo para fins de declaração de nulidade, no ambiente do processo penal, assunto tratado no item 4.2.2. O princípio do devido processo legal no âmbito criminal importa na *tipicidade constitucional*, de modo que a forma se apresenta como garantia que limita a persecução criminal, sendo ônus do Ministério Público e, especialmente do juiz – que é quem tem o dever de tutelar a higidez da prestação jurisdicional – demonstrar que não houve prejuízo para a defesa, na hipótese de o ato processual ser praticado em desconformidade com o plasmado em lei.

A escoreita exegese emprestada pelo art. 563 do CPP(“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”), ao contrário do entendimento sufragado na jurisprudência sufragada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, leva à conclusão de que a *carga probatória* quanto à demonstração do prejuízo não pode ser atribuída à defesa.

Essa é a exegese mais acertada do art. 563 do CPP, pois ali diz, apenas, que não será declarada pelo juiz a nulidade do ato, senão quando identificado prejuízo para o Ministério Público ou para a defesa. Não diz, em momento algum, que esse ônus é da defesa. Pelo contrário, a norma é dirigida ao juiz, atribuindo-lhe o dever de observar, quando da declaração de nulidade, a existência ou não de prejuízo.

Essa posição é defendida por Aury Lopes⁵⁹⁶, ao arrematar que há de se fazer a *inversão de sinais*, ou seja, não é a parte quem deverá suportar o ônus de demonstrar o prejuízo que teve, mas, sim, o juiz, que “... deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse a sua finalidade ou tenha sido devidamente sanado”, liberando a defesa dessa *carga probatória*.

5.1.8.1. Princípios gerais da prova

A doutrina elenca cinco princípios gerais aplicáveis ao regime da prova, os quais são os seguintes: (a) do ônus da prova, (b) do contraditório da prova, (c) da comunhão da prova, (d) do livre convencimento motivado, e (e) da liberdade da prova e limitações quanto à forma de obtenção.

Sobre ser um direito das partes, a produção da prova, especialmente no sistema acusatório, isso se traduz em um ônus⁵⁹⁷. O juiz não pode substituir às partes na produção da prova, mesmo que a pretexto da busca da verdade material. No modelo acusatório, notadamente em relação à produção das provas, as partes, tanto o Ministério Público quanto o acusado, assumem uma atuação muito mais ativa no processo. Em razão disso, até mesmo a comunicação às testemunhas da data da audiência arroladas fica sob a responsabilidade das partes, só devendo ser feita por meio de comunicação, quando, havendo justificativa, houver pedido nesse sentido. As partes têm o direito de indicar testemunhas, porém, assumem o ônus de conduzi-las a Juízo.

É comum o Ministério Público, por exemplo, pedir que o juiz determine a requisição de documentos, os mais variados, sendo mais frequentes certidões de antecedentes criminais. Ora, cabe ao Ministério Público, ele próprio, requisitar aos órgãos esses documentos. Não pode se valer da estrutura administrativa do Judiciário para esse fim.

A defesa, igualmente, tem o mau vezo de solicitar ao Judiciário a requisição de toda sorte de documentação, quando isso não lhe é vedado obter, especialmente quando se trata de órgão público, diante do direito de petição. Em alguns casos, há pedido da defesa para que o juiz faça a requisição da declaração de rendimentos prestada pelo acusado ao fisco ou da informação à instituição bancária sobre as suas movimentações financeiras.

⁵⁹⁶ **Direito processual penal**, p. 693.

⁵⁹⁷ Em um conceito simples, provas são aqueles atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos, etc.), ou mesmo pelo próprio juiz, no escopo de certificar a verdade e formar a convicção do julgador quanto aos fatos debatidos no processo. O objeto da prova, por conseguinte, são os fatos, principais ou secundários, que exijam apreciação e comprovação.

Isso não é correto. Em um sistema acusatório, em princípio, cabe às próprias partes providenciar essas provas. A intervenção do Judiciário só pode ser solicitada e dada quando demonstrado que houve negativa em se obter a documentação ou informação, ou então, naqueles casos nos quais, para a diligência, exige-se prévia decisão judicial, flexibilizando garantia constitucional ou legal.

Todavia, a produção da prova, que para a defesa é um *direito*, para o Ministério Público assume a feição de *dever*, assim como o de ajuizar a ação penal, manifestando-se como ônus processual. Sob a ótica da missão judicante, também se apresenta, em certas condições, como dever do magistrado determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Esse dever do juiz, denominado *impulso oficial*, ficou ainda mais ressaltado com a nova redação, determinada pela Lei nº 11.690, de 2008, para o art. 156 do Código de Processo Penal.

Com efeito, em sua redação originária, o art. 156 do CPP dizia: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” Com a edição da Lei nº 11.690, de 2008, o art. 156 passou a ter a seguinte redação:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I — ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II — determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Na edição anterior, defendemos que procedia apenas em parte crítica feita à reforma por ter realçado o impulso oficial com a nova redação emprestada a esse dispositivo, ao argumento de que não seria adequado a um processo arquitetado sob o modelo acusatório. Sustentamos que a regra ali contida, em certa medida, seria o equilíbrio necessário aos princípios acusatório e da verdade material, até porque ali não se dizia que o juiz deveria sempre se substituir às partes. Argumentava que isso deveria ocorrer, apenas, excepcionalmente e, ademais, se e quando reputada necessária e relevante a diligência. Portanto, a previsão de iniciativa probatória pelo magistrado, desde que excepcional e limitada, seria o justo equilíbrio entre os princípios acusatório, do impulso oficial e da presunção de não culpabilidade.

Mas já naquela oportunidade restou salientado que não se mostrava razoável estabelecer que, antes de iniciado o processo, o juiz poderia, de ofício, determinar a produção antecipada de provas (inciso I do art. 156 do CPP). Nessa fase, em que não há, ainda, processo, somente deveria ser permitida a intervenção judicial mediante requerimento de quem tem a legitimidade para ajuizar a ação penal. Até porque, pode ser que não seja do interesse do autor da ação a produção da prova. Essa previsão normativa supõe que o juiz dirige ou tem interesse a ser tutelado no inquérito policial – o que era adequado na redação originária do CPP, que adotou o sistema misto –, quando, a bem da verdade, no sistema acusatório, as diligências que interessam à persecução criminal devem ser requeridas por quem detém legitimidade para tanto, ou seja, pelo Ministério Público⁵⁹⁸.

Portanto, não pode o juiz se substituir ao Ministério Público, mostrando-se o dispositivo em foco em flagrante atrito com o sistema acusatório, tal como dispõe, expressamente, o caput do art. 3º-A do CPP (“O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”), incluído pela Lei nº 13.964, de 2019.

Para além dessa questão, a despeito da inconstitucionalidade do inciso I do art. 156 do CPP, em um cenário de processo acusatório, desenhado pela Constituição de 1988 e sedimentado com a Reforma Tópica de 2008, e, notadamente, pela Lei nº 13.964, de 2019, o conteúdo do inciso II do mesmo dispositivo legal merece ser lido com reservas. Para todos os efeitos, o Código de

⁵⁹⁸ Conforme o Projeto de Lei nº 4.209/2001, que não foi ainda aprovado, o inquérito policial deve tramitar diretamente entre a polícia e o Ministério Público. Inclusive, caberá ao próprio Ministério Público, se for o caso, determinar o arquivamento da investigação, sem submissão ao Judiciário, como hoje ocorre, mercê do art. 28 do CPP.

Processo Penal precisa ser revisitado sob as lentes de um ordenamento jurídico democrático efetivamente inaugurado com base na Constituição de 1988, o que implica que a sua análise seja feita sob a concepção de que ele não é orientado mais pelo sistema misto, mas sim pelo acusatório.

Note-se que a com a mudança do nosso sistema processual do modelo misto com índole inquisitiva para o tipo acusatório, o Ministério Público deve ser concebido como parte e assim tratado na relação processual, havendo substancial preocupação em relação às garantias do acusado, especialmente quanto à defesa efetiva, ao direito ao silêncio, à presunção de não culpabilidade e à invalidade das provas obtidas por meios ilícitos, sem se descuidar que o juiz deve ser resguardado para o desempenho propriamente da função de julgador, com vedação de imiscuição naquelas iniciativas reservadas a quem é o autor da ação.

Esse distanciamento do juiz quanto ao interesse defendido pelo Ministério Público se dá especialmente quanto à produção da prova. O juiz não é mais inquiridor ou investigador: ele é julgador; não deve, em princípio, produzir prova.

Nesse sistema de partes, o Ministério Público tem o ônus de provar a culpabilidade, ou seja, o dever de produzir a prova pertinente para desconstruir o princípio da presunção de não culpabilidade, não cabendo ao juiz auxiliá-lo nessa missão, sob pena de tratamento desigual no processo, o que não é admissível no sistema acusatório, até porque, agindo dessa forma, o juiz nega a aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade.

Ora, se o Ministério Público, com a produção da prova, não conseguiu demonstrar a culpabilidade ou eliminar a dúvida razoável, cabe ao juiz, em obséquio ao princípio da presunção de não culpabilidade, absolver o acusado. Não lhe é dado, diante da dúvida, ele próprio se encarregar de fazer aquilo que era ônus do Ministério Público.

Quanto à forma de valoração da prova há três sistemas: (a) *Sistema legal (formal ou da certeza moral do legislador)*, no qual as provas possuem o valor que a lei lhes atribui, devendo o juiz valorá-la em consonância com a previsão legal. Ex.: um só testemunho não tem valor; a confissão é absoluta. (b) *Sistema da íntima convicção do juiz (sentimental ou da certeza moral do juiz)*, é quando a lei não dispõe acerca do valor das provas, fundamentando-se, a valoração a seu respeito, unicamente ao pleno arbítrio do juiz. (c) *Sistema da livre convicção motivada (sistema real ou da verdade real*, art. 155, caput, do CPP), que parte da premissa do *valor relativo das provas*, de modo que não há hierarquia entre elas, não estando o juiz, portanto, vinculado a critério legal de valoração, mas se exige que fundamente o seu convencimento. Esse último é o sistema adotado em nosso ordenamento jurídico, sendo corrigida, com a nova redação do art. 155, caput, a imprecisão da redação originária do Código.

O princípio da livre apreciação motivada das provas pelo juiz possui como corolário lógico a premissa de incoerência de hierarquia entre as provas coligidas, de modo que ao juiz é conferido o dever-poder de analisar a questão submetida a sua apreciação, a fim de, no cotejar as provas vivificadas nos autos, pronunciar, com a devida motivação, o seu pensamento acerca da matéria. Todavia, isso não quer dizer que o juiz detém discricionariedade na apreciação da prova. Note-se que parte da doutrina critica o princípio do livre convencimento (motivado) do juiz, pois, em certo sentido, dá a ideia de que o magistrado não estaria vinculado à *verdade* que emerge do conjunto probatório dos autos, podendo dele se afastar para decidir conforme o seu *íntimo convencimento*.

Conferindo guarida a essa crítica, o NCPC, no art. 371, deixou expresso que “O juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Esse texto alterou o tratamento dispensado ao tema pelo legislador do CPC de 1973 (“O juiz deve apreciar *livremente* a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”), de modo que alguns doutrinadores defendem que não há mais, no processo civil, o princípio do *livre convencimento motivado*”.

Não se há de negar que a expressão *livre convencimento*, ainda que acompanhada da palavra *motivado*, fornece lastro para que se pense, efetivamente, em uma decisão com algum

embasamento na *intima convicção* e não propriamente com fulcro no que há nos autos em termos de prova.

Por isso mesmo, a redação do art. 371 do NCPC é mais técnica e explica melhor o livre-arbítrio que é inerente à atividade judicante.

Na redação originária do CPP, o princípio da livre apreciação das provas pelo juiz estava encartado no art. 157 (“O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova”). Com a modificação introduzida pela Lei nº 11.690, de 2008, essa cláusula passou a ter abrigo no art. 155, caput, com melhor redação: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” Seja como for, essa *livre apreciação da prova* deve ser compreendida no contexto do art. 371 do NCPC.

De outra banda, a ressalva no final do art. 155 do CPP enseja algumas considerações. Note-se que o legislador, ao tornar defesa a prolação de sentença condenatória com base *exclusivamente* nos elementos probatórios colhidos durante o inquérito policial, abriu uma exceção, qual seja, em se tratando de *provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*. A despeito de a redação não ser das melhores, a interpretação do dispositivo leva a crer que a referência é quanto aos elementos probatórios oriundos de alguma providência de natureza cautelar, determinada pela autoridade judiciária.

É o que ocorre, por exemplo, nos depoimentos antecipados (arts. 225 e 336 do CPP), nas interceptações telefônicas (Lei nº 9.296, de 1996), nas buscas e apreensões (art. 240 e segs. do CPP). Ainda assim, esses elementos informativos, produzidos na fase investigatória, à míngua da existência de provas colhidas durante o processo, somente poderiam valer para fins de sentença condenatória quando, tendo sido antecipada, não seja passível a sua repetição.

Como se observa, a ressalva contida no final do dispositivo em foco ignorou que o inquérito policial além de *coletar provas* (documentos, objetos, arma do crime etc.), *produz provas*, como é o caso da perícia, a qual, em alguns casos, não é possível de ser repetida e devem ser conhecidas como tais pelo magistrado, mesmo tendo sido angariadas na fase da investigação. O exame de corpo de delito, por exemplo, não é, tecnicamente, prova cautelar, mas ele, para todos os efeitos, é prova que, embora possa, em muitos casos, ser repetida no processo, isso só ocorre quando o laudo é questionado⁵⁹⁹.

Por outro lado, não se pode negar que a redação do princípio ficou mais técnica e de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Consoante precedentes reiterados do STF, ao juiz não é vedado levar em consideração, para fins de sentença condenatória, os elementos informativos colhidos na fase do inquérito. O que ele não pode é fazer a fundamentação, *exclusivamente*, com base nesses elementos. Mas se deve criticar a iniciativa legislativa, pois deveria ter sido ressalvado que a inadmissibilidade de fundamentação exclusivamente nos elementos informativos da investigação se restringe às sentenças condenatórias, pois, em se tratando de sentença absolutória, a vedação, por motivos óbvios, não se aplica⁶⁰⁰.

Pelo princípio do contraditório da prova, a parte contrária tem o direito de se manifestar sobre tudo aquilo que for produzido pela outra. Para tanto, ela tem de possuir a oportunidade para se pronunciar a respeito. Veja-se a crítica aqui feita pelo fato de ter sido rejeitada pelo Parlamento, a sugestão da Comissão de Reforma, quanto à previsão normativa de que, sendo suscitadas preliminares ou apresentados documentos com a resposta do acusado, antes da decisão, ter de ser dada vista dos autos ao Ministério Público, para fins de impugnação, no prazo de cinco dias⁶⁰¹.

Todavia, com a adoção do *cross examination*⁶⁰², esse princípio saiu prestigiado com a reforma, pois as partes passaram a poder fazer diretamente perguntas às testemunhas arroladas pela

⁵⁹⁹ Cf. item 5.1.8.3, *infra*.

⁶⁰⁰ A redação desse dispositivo contou com a colaboração de comissão criada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil — AJUFE, que sugeriu a inclusão, no seu texto, do advérbio de exclusão *exclusivamente*.

⁶⁰¹ Cf. 5.1.6, *supra*.

⁶⁰² Cf. Mais adiante, no item 5.1.8.5.1, *infra*, será aprofundado o sistema do *cross examination*.

outra. Na redação originária do Código de Processo Penal, tendo em conta o sistema misto adotado, as inquirições das testemunhas seguiam o *sistema presidencial*, em que as partes faziam as suas perguntas por intermédio do juiz, que as reperguntava. Agora, o art. 212, caput, primeira parte, do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 11.690, de 2008, “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha...” Cabe ao juiz, apenas, a direção da audiência, no sentido de não admitir as perguntas “... que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.” (art. 212, caput, primeira parte, do CPP).

Assim como o sistema presidencial das audiências quanto às perguntas feitas para as testemunhas é consequência natural do sistema inquisitivo ou misto, o *cross examination*, de origem do direito americano, é próprio do sistema acusatório, no qual as partes, especialmente em relação à produção da prova, assumem papel ativo no processo. Não é do mister do juiz exercer a função de inquiridor, de modo a substituir as partes nas perguntas que devem ser feitas, nem muito menos impedir que elas sejam feitas diretamente às testemunhas, sob pena de nulidade⁶⁰³. O magistrado passa a ter uma atuação mais moderada, com o dever de *impulso oficial* apenas para o fim de *complementar a inquirição, sobre os pontos não esclarecidos* (parágrafo único do art. 212 do CPP). Ao Ministério Público, portanto, de forma clara, está reservado o papel de iniciar a inquirição direta das testemunhas por ele arroladas, cabendo, em seguida, à defesa, a oportunidade de, igualmente, fazer as suas indagações diretas, reservando-se ao juiz, apenas, a função de controle e complementação do depoimento. Note-se que a lógica adotada com o sistema presidencial era diametralmente oposta. Ao juiz cabia fazer, por primeiro, as perguntas, cabendo às partes, apenas, a complementação da inquirição. A mudança, portanto, foi substancial e implica em mudança de paradigma.

Outra regra geral importante em relação à prova, advém do *princípio da comunhão da prova*. A prova, a despeito da parte que a tenha indicado, arrolado ou produzido, pertence ao processo, de modo que pode ser utilizada por qualquer um dos sujeitos do processo. Tecnicamente não é adequado dizer *testemunha de acusação ou de defesa*⁶⁰⁴. Não é correto, sequer, dizer que ela pertence ao juiz, embora seja certo que ele é o seu destinatário. Até porque, conquanto a prova seja produzida no interesse de convencer o juiz, ele, muito provavelmente, embora seja o primeiro a apreciá-la para fins decisórios, em razão da probabilidade da interposição de recurso, não será o único magistrado a se pronunciar sobre o seu conteúdo. Ainda mais em nosso sistema, em que o recurso de apelação é dotado de efeito devolutivo quanto a toda matéria examinada em primeiro grau, tanto de direito quanto em relação à matéria fática.

Devido a esse princípio, apresentada a prova por uma das partes, ela não pode deixar de ser produzida, ainda que desista quem a requereu, sem o consentimento da outra.

Por isso mesmo, a Comissão de Reforma, ao propor nova dicção normativa para o § 2º do art. 401 do Código de Processo Penal, sugeriu que “A parte, com a anuência da outra, poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209.” O único senão à então proposta é que ela dava a entender que a desistência só poderia ocorrer se houvesse a anuência da parte contrária, e não a garantia de que esta seria ouvida a respeito. Mas a menção, na parte final do dispositivo, ao art. 209 do CPP, contornava essa imprecisão⁶⁰⁵. Ora, se nos termos do art. 209 do CPP o juiz pode ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes, assim como as referidas pelas testemunhas, pode determinar igualmente, e até com mais razão, a inquirição das pessoas que vieram a ser requeridas pelas próprias partes, muito embora posteriormente tenha havido a desistência.

⁶⁰³ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/informativo885. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁶⁰⁴ O art. 400, caput, do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 11.719, de 2008, fala em testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa. O único senão é chamar de acusação o órgão do Ministério Público. Isso porque representa reducionismo inadequado referir-se ao Ministério Público como se ele fosse órgão de acusação. A acusação é uma das possibilidades, embora seja a regra.

⁶⁰⁵ O caput do art. 209 do CPP assim dispõe: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas que as testemunhas se referirem”.

Aprovada a redação para o § 2º do art. 401 na Câmara dos Deputados, no Senado foi acolhida a Emenda nº 12, embasada em sugestão de autoria de uma comissão formada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de retirar a expressão *com a anuência da outra*, ao argumento de que aquela proposição era um *retrocesso à sistemática atual*, diante da previsão então contida no art. 404 do CPP. É verdade que o art. 404, em sua expressão literal, dava a entender que a parte, se fosse o caso, poderia desistir do depoimento da testemunha por ele arrolada, mas, de toda sorte, a doutrina, com esteio no princípio da comunhão da prova, recomendava que fosse dada a oportunidade de a parte contrária se manifestar a respeito.

Por outro lado, a desnecessidade de anuência da parte contrária, em relação à desistência da ouvida de testemunha, pode ser extremamente prejudicial à defesa. Ora, diante do princípio da comunhão da prova, tendo a pessoa sido arrolada na ação penal pelo Ministério Público, a defesa não irá repetir a indicação, por mais interesse que tenha em seu depoimento. Nesse caso, se o Ministério Público desistir da oitiva de alguma testemunha por ele arrolada, caso não se dê à defesa a oportunidade de se pronunciar, evidentemente isso poderá prejudicar o acusado, sem que tenha tido sequer a possibilidade de se manifestar. Exatamente para afastar que isso eventualmente venha a ocorrer, em alguns casos, sem embargo do princípio da comunhão da prova, a defesa, ao elaborar a resposta, na indicação do rol de testemunhas, repete os nomes de testemunhas já arroladas pelo Ministério Público.

Note-se, assim, que a interpretação do art. 209 do CPP leva à conclusão de que não há exceção à regra da comunhão da prova mesmo em relação às testemunhas. O raciocínio é idêntico do que se verifica quando se trata de uma prova documental: a desistência quanto a sua permanência nos autos, com o conseqüente pedido de sua retirada dos autos, terá de ser submetida à anuência da parte contrária.

É importante ressaltar que o princípio da comunhão da prova não quer dizer que a desistência da produção de uma prova documental ou da ouvida de testemunha, por uma parte, só possa ser deferida pelo juiz se houver a concordância da outra. O que se quer dizer é que a decisão a respeito tem de passar pelo contraditório, ou seja, à outra parte há de ser oferecida a oportunidade para se manifestar.

O juiz, seja como for, nos termos do art. 209, que é mencionado no art. 401, § 2º, ambos do Código de Processo Penal, irá avaliar se, a despeito do pedido de desistência, há necessidade da oitiva da testemunha.

Por fim, há, ainda, o *princípio da liberdade da prova*, de forma que, no processo penal, em razão do princípio da verdade mais aproximada possível da realidade dos fatos e da ampla defesa, assim como do interesse público na resolução do conflito, como regra, exclui-se qualquer restrição ao uso dos meios probatórios, excetuando-se a previsão do parágrafo único do art. 155: “No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”⁶⁰⁶. Ou seja, a prova do casamento, do óbito ou do nascimento se faz, conforme a Lei dos Registros Públicos, por meio das respectivas certidões. A propósito, a Súmula nº 74 do STJ dispõe que “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

Por fim, há, ainda, a restrição à produção da prova estampada no art. 479, caput, do CPP, ao tornar defesa, durante o julgamento na sessão do tribunal do júri, a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, sendo explicitado, no parágrafo único do dispositivo em foco, que a proibição compreende “... a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.” Por conseguinte, a vedação só se refere a *conteúdo que verse sobre a matéria de fato* submetida a julgamento na

⁶⁰⁶ Essa disposição normativa já constava da redação originária do Código de Processo Penal, fazendo parte de nossa tradição jurídica, tendo a Lei nº 11.690, de 2008, apenas, providenciado o seu deslocamento da cabeça do artigo para o parágrafo único por ela enxertado.

sessão do tribunal do júri.

5.1.8.2. Inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos (teoria da *exclusionary rule*)

À míngua de previsão normativa, foi por meio de construção jurisprudencial que se criou a tese da inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos. Coube a primazia à Suprema Corte americana, no julgamento do caso *Boyd v. US*, em 1886, sustentar que a *exclusionary rule* está implícita como forma de proteger os direitos fundamentais declarados na Constituição. Naquele julgamento, a Suprema Corte adotou a tese de que a prova deve ser considerada inválida quando ocorrer a violação simultânea tanto da Quarta Emenda (garante a segurança das pessoas, domicílios, documentos e bens contra buscas e apreensões arbitrárias) quanto da Quinta (garante o direito do acusado de não produzir prova contra si). Porém, em 1914, no caso *Weeks v. US*, a Suprema Corte defendeu que nos julgamentos perante as cortes federais, a ofensa à Quarta emenda, por si só, era causa de nulidade da prova⁶⁰⁷. Posteriormente, houve o avanço para se reconhecer a invalidade da prova, igualmente, quando se tratasse de julgamento pelas cortes estaduais. Em *Silverthorne Lumber Co. v US*, no ano de 1920, a Suprema Corte criou a teoria dos *fruits of the poisoned tree* (frutos da árvore envenenada), que consiste na invalidade não apenas da prova obtida por meios ilícitos, mas, igualmente, das que dela sejam derivadas⁶⁰⁸. O apogeu da teoria se deu na década de sessenta, no julgamento *Miranda v. Arizona*, que resultou no famoso *Miranda rights* ou *Miranda-warnings* (avisos de *Miranda*), vazado no entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida a declarações dadas por pessoa à polícia, sem que ela seja informada de que: (a) tem o direito de não responder; (b) tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra si; (c) tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado.

Essa teoria da *exclusionary rule* se espalhou no Direito Comparado. O sistema alemão, mesmo ante o silêncio da Constituição germânica, adotou a tese das *Beweisverbote*, embasada no entendimento de que as limitações ou obstáculos à produção das provas, em verdade, são normas processuais impostas como forma de preservar os direitos subjetivos fundamentais encartados no ordenamento jurídico.⁶⁰⁹

Ainda que as *Beweisverbote* constituam instituto dogmático distinto das *exclusionary rule*, aquelas guardam convergência com estas no sentido de que não é a mera transgressão a um delineamento plasmado na StPO⁶¹⁰ que define a ineficácia da prova, pois o mais importante, em consonância com o princípio da proporcionalidade, “... é saber se a intromissão na esfera íntima do acusado se pode ou não considerar justificada, em nome do relevo da infração que lhe é imputada”⁶¹¹.

No livro *La prueba ilícita penal*: estudo jurisprudencial, de Eduardo de Urbano Castrillo e Miguel Angel Torres Morato, em ampla análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo espanhóis, afirmam que se pode chegar a duas grandes conclusões:

La primera, que en este momento no existe una doctrina científica ni jurisprudencial concluyente y de carácter general sobre la ilicitud probatoria, quizá porque se trata de un tema eminentemente casuístico y práctico; y la segunda, que la regla de la indefensión efectiva y material, es la piedra de toque para declarar la ilicitud de un concreto medio probatorio si bien ele va a depender, en casi todos los casos, de un análisis global de las actuaciones y, en consecuencia, existe el riesgo de emitir resoluciones puntuales en función del interés que estime prevalente en cada asunto lo que puede hacer chirriar los principios y postulados generales mínimamente existentes.

⁶⁰⁷ DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*. 3 ed. New York: LexisNexis, p. 378.

⁶⁰⁸ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Vilella editor, 2002, p. 39.

⁶⁰⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 140.

⁶¹⁰ Código de Processo Penal alemão (StPO — Strafprozeßordnung).

⁶¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova*, p. 140.

Segundo Eduardo de Urbano, depois de alguma variação de entendimento, em 1986, o Tribunal Constitucional da Espanha definiu como critério fundamental, a fim de estabelecer a invalidade da prova angariada com vício de ilicitude, a regra que veda a restrição ao direito de defesa do acusado⁶¹². Esse mesmo pensamento foi sufragado pelo Tribunal Supremo, em 1988, nos termos seguintes⁶¹³:

... la indefensión viene a ser quizás el último fundamento de todos los derechos fundamentales, porque cualquier alegación que se haga en defensa de la tutela efectiva del proceso, con todas las garantías y las dilaciones indebidas, también en defensa de la presunción de inocencia, busca, en definitivas, “que el justiciable no se encuentre en situación de indefensión para legítimamente actuar, ante la justicia”.

Na Itália, diante da jurisprudência firmada pelo Tribunal Constitucional, o Parlamento inseriu cinco incisos no art. 111 da Constituição, no escopo de estabelecer os princípios centrais do processo criminal, os quais dão forma ao *justo processo* (*giusto processo*), destacando-se, dentre eles, o princípio da reserva legal processual⁶¹⁴. A par disso, o legislador infraconstitucional tratou de disciplinar, de forma expressa, as hipóteses nas quais a prova deve ser considerada *inutilizável*, cuidando de dizer os casos em que a sua ineficácia é *absoluta*, de modo que o juiz não pode, com base nela, proferir a sua decisão, e aquelas em que a invalidade é apenas *relativa*, quando a vedação se concentra em um determinado ato ou tipo de decisão⁶¹⁵. Em razão do princípio da reserva legal adotado no ordenamento jurídico italiano, adverte Paolo Tonini⁶¹⁶ que “A prova torna-se inutilizável somente se referida sanção for prevista expressamente pela lei como consequência da violação daquela regra de produção.”

De todo modo, a guarida dada pelo Direito Comparado à teoria da *exclusionary rule* não se esgota com a doutrina e com os pronunciamentos jurisprudenciais. Algumas Constituições mais recentes não têm deixado passar a oportunidade de estabelecer, dentre os direitos fundamentais, a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, inserindo, assim, essa teoria como mais um princípio afeto ao devido processo legal⁶¹⁷. A Constituição paradigma dessa nova abordagem é a portuguesa, ao escrever, no art. 32, 8, que “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.” Como se vê, o constituinte português, ao invés de inquirar de nulidade as provas ofensivas aos direitos fundamentais, preferiu dizer em quais hipóteses de malfeição a essa classe de direitos devem ser consideradas nulas as provas

⁶¹² CASTRILLO, Eduardo de Urbano; MORATO, Miguel Angel Torres. **La prueba ilícita penal**: estudio jurisprudencial. 2. ed. Navarra: Arzadi Editorial, 2000, p. 33-34. Esse paradigma que orienta o Tribunal Constitucional espanhol é sedutor, porém contém perigoso reducionismo do alcance da teoria da exclusionary rule. Segundo esse entendimento, a legitimidade da persecução criminal se escora em assegurar ao acusado o exercício da ampla defesa. Por isso mesmo, ainda que produzida ilicitamente a prova, na medida em que isso não arranhe a cláusula da ampla defesa, ela será considerada válida.

⁶¹³ CASTRILLO, Eduardo de Urbano; MORATO, Miguel Angel Torres. **La prueba ilícita penal**: estudio jurisprudencial, p. 34.

⁶¹⁴ TONINI, Paulo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 23. Cf. ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE. *IL giusto processo*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.

⁶¹⁵ TONINI, Paulo. **A prova no processo penal italiano**, p. 23. Em verdade, de acordo com o Código de Processo Penal italiano de 1988, a invalidade da prova tanto é prevista para casos específicos como genericamente, em razão da regra inscrita no art. 1991, inciso I, do CPP, segundo a qual “as provas adquiridas com violação das proibições estabelecidas pela lei não podem ser utilizadas.” (Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate). Por outro lado, no art. 421 combinado com o 514 e 526, todos do CPP italiano, está dito que a documentação dos atos da investigação, conquanto idônea para subsidiar a decisão quanto ao envio para a justiça, não serve como prova para a decisão na fase dos debates.

⁶¹⁶ **A prova no processo penal italiano**, p. 78.

⁶¹⁷ Assim se deu com as Constituições portuguesa, canadense e brasileira (HAIRABEDIÁN. **Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**, p. 34).

produzidas. A Constituição brasileira, inspirada na Carta Lusitânia, com melhor técnica, preferiu não dizer quais os direitos fundamentais, quando violados, acarretariam a nulidade da prova obtida, mas sim estabelecer uma regra geral de inadmissibilidade de prova obtida por meio ilícito. A escolha do constituinte brasileiro condiz mais com o entendimento de que, *a priori*, não se deve estabelecer hierarquia entre os direitos fundamentais.

5.1.8.2.1. Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no ordenamento jurídico brasileiro

Mesmo antes da Constituição de 1988, a questão relativa à valoração das provas obtidas por meio ilícito suscitava acirrado debate em nosso meio. Sobre o tema, são conhecidas três correntes distintas: (1) a independência entre o direito processual e o material faz com que o ato de captação da prova, embora censurável até criminalmente, não contamine a prova produzida; (2) a invalidade da prova obtida ilicitamente, tendo em conta a unidade do ordenamento jurídico, tese mais radical da *exclusionary rule*; (3) a prova ilícita só não produz efeito quando viola norma constitucional ou um princípio geral da Constituição. Ainda assim, deve ter-se em conta a aplicação das exceções às *exclusionary rules*, tese mais flexível da teoria da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. Esta última é a corrente mais aceita ultimamente, assim no Direito Comparado como no nacional, mercê da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal e, agora, diante da redação dada ao art. 157 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690, de 2008.

Até então, a doutrina e a jurisprudência nacionais eram complacentes quanto à forma empregada para a produção das provas, privilegiando-se o descobrimento da verdade. Mais valia o que se descobria do que o meio empregado. Paulatinamente, observou-se uma evolução da *admissibilidade para a inadmissibilidade* das provas produzidas ilicitamente⁶¹⁸. A doutrina dominante passou a sustentar a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, flexibilizando, porém, a rigidez dessa tese mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade⁶¹⁹. Na evolução dessa posição doutrinária, Ada Pellegrini, Scarance Fernandes e Antonio Magalhães conferem destaque a três decisões do Supremo Tribunal Federal. Elas estão assim resumidas:

A primeira decisão é de 11.11.1977, ocasião em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial (RTJ 84/609). Segue-se a essa, em outro processo cível, a decisão de 28.06.1984, também em caso de captação clandestina de conversa telefônica, igualmente determinando o desentranhamento dos autos da gravação respectiva. Finalmente, e agora para o processo penal, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18.12.1986, determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47).

No âmbito processual criminal, ante a ausência de disciplinamento em norma de hierarquia superior, o tema era tratado sob a ótica intrincada do sistema das nulidades esmiuçado no Código de Processo Penal. O exame da questão, por conseguinte, dava-se mediante a interpretação do sistema subconstitucional, até porque a questão não continha nenhuma linha de direção apontada pela Norma Maior. A nulidade da prova, assim, era vista sob a perspectiva da disciplina pré-traçada para os atos processuais em geral, de modo que eram plenamente aplicáveis os quatro princípios basilares elencados no ordenamento processual criminal: (1) nenhuma nulidade ocorre se não houver prejuízo para a acusação ou para a defesa, que é a consagração do

⁶¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 138.

⁶¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, p. 136.

brocardo francês *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP); (2) nenhuma das partes poderá alegar nulidade a que haja dado causa (art. 565 do CPP); (3) não se pode invocar defeito de ato que só interessa à parte contrária (art. 565); e (4) não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa (art. 566 do CPP). O assunto era tratado e debatido sob o enfoque do Direito infraconstitucional, o que tirava de foco a discussão relativa às consequências jurídicas decorrentes da violação de garantia emoldurada por direito fundamental.

A mudança de paradigma veio com a Constituição de 1988. Nela foi inserida, dentre os direitos fundamentais, a cláusula peremptória de que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, inciso LVI). Ou seja, além de proclamar os direitos fundamentais, a Constituição alçou a norma de igual estatura a garantia de ser sancionada com a invalidade, qualquer prova que, conquanto materialmente lícita, na sua obtenção ou produção, venha a ser contaminada com algum vício que comprometa a sua higidez.

A par da construção jurisprudencial desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 11.690, de 2008, se ocupou do assunto, a fim de dar um norte seguro na aplicação da sanção com a invalidade, em relação à prova obtida por meio ilícito. Além de dizer, no caput do art. 157, quais são as espécies de normas violadas que ensejam a declaração de invalidade, tratou, ainda, de estabelecer exceções à aplicação do princípio dos *fruits of the poisoned tree* (frutos da árvore envenenada), assim como o destino a ser dado a essas provas. Esses aspectos da lei precisam ser examinados mais amiúde, o que será feito nos itens seguintes.

5.1.8.2.2. Inadmissibilidade das provas ilícitas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

Embora colocada de forma peremptória a afirmação quanto à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a Constituição não contempla a disciplina em relação a diversas questões que permeiam o seu alcance. Sendo um princípio catalogado na categoria de direito fundamental, não era mesmo tarefa para o constituinte entrar em detalhes, missão mais adequada para o legislador infraconstitucional. Uma primeira colocação sobre o tema é a respeito de quais direitos estão sendo protegidos com a sanção de nulidade, na hipótese de a prova ser obtida por meio ilícito. Ou seja, o que devem ser consideradas como *provas obtidas por meios ilícitos*, para os fins pretendidos pelo constituinte? Duas posições se credenciam: provas obtidas ilicitamente são todas aquelas para cuja produção (a) ocorre a transgressão de prescrição contida em norma jurídica, ou (b) ocorre a malferição a direito fundamental. A primeira é mais abrangente, enquanto a segunda mais restritiva. Uma coisa parece fora de dúvida: o tratamento constitucional dado ao tema seria em sentido estrito, ou seja, a nulidade ali prevista, ao tempo em que passa a integrar a declaração de direitos sufragada pela Constituição, serve de *norma-princípio-sanção* para quando, na produção da prova, não forem respeitados os direitos fundamentais. Ela é a sanção colocada em forma de princípio pelo constituinte tendo em mira dar a devida garantia de que a falta de atenção aos direitos fundamentais acarreta consequência drástica para o *jus perseguendi*.

Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Antônio Magalhães⁶²⁰ também encaram o assunto sob essa perspectiva, muito embora os doutrinadores em referência cuidem de especificar que esse sentido estrito diz respeito às provas colhidas “... infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”.

Essa questão foi debatida no Parlamento, quando da reforma do Código de Processo Penal em relação aos dispositivos que tratam da prova. A Comissão de Reforma, ao sugerir a normatização do assunto no ambiente subconstitucional, propôs que fossem consideradas ilícitas apenas aquelas obtidas com violação a princípios ou normas de cunho constitucionais.

⁶²⁰ As nulidades no processo penal, p. 131.

Na discussão no Parlamento, porém, a garantia foi alargada, de modo que restou aprovada a seguinte redação: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (art. 157, caput, do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 11.690, de 2008). Findou, assim, sendo acolhida a tese da segunda corrente, segundo a qual prova ilícita tanto é aquela produzida com violação às *normas constitucionais* como às *normas legais*, parecendo mesmo ser esta a posição mais adequada. Até porque, ainda que se entenda que o preceito do inciso LVI do art. 5º da Constituição é direcionado à proteção dos direitos fundamentais, em compasso com a teoria geral dessa categoria de direitos essenciais, ele deve ser entendido como uma garantia mínima, pelo que, embora não possa o legislador infraconstitucional suprimi-lo ou, salvo previsão normativa, diminuir o seu alcance, pode alargar o seu conteúdo. Foi o que se fez com a aprovação da nova redação do art. 157 do Código de Processo Penal.

5.1.8.2.3. Regras de exclusão adotadas pelo Código de Processo Penal

O exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos revela que o tema passou por intenso debate e oscilação. A posição inicial do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito veio a ocorrer exatamente naquele que foi um dos principais julgamentos de toda a história jurídica brasileira, em processo criminal promovido contra o ex-Presidente da República Fernando Afonso Collor de Melo, em que se adotou, de modo comedido, a cláusula da *exclusionary rule*, na medida em que não se deu guarida à teoria dos *frutos da árvore envenenada* (*fruits of the poisoned tree*)⁶²¹. O Relator, Ministro Ilmar Galvão, acolhendo preliminar suscitada pela defesa, declarou inadmissíveis o laudo de degravação de conversa telefônica e o laudo de degravação da memória dos microcomputadores apreendidos em uma determinada empresa⁶²², aquele pelo fato de a gravação ter sido clandestina, enquanto este pelo fato de a apreensão não ter sido precedida de autorização judicial (a apreensão havia sido feita por agentes fiscais em diligência realizada com o fim de arrecadar mercadorias importadas de forma irregular), ademais de a Polícia Federal ter providenciado, ao seu alvedrio, a recuperação da memória dos equipamentos de informática para fins de revelação dos dados ali contidos, o que, no pensar verberado no acórdão, mostrava-se inadmissível, porquanto o sigilo garantido na Constituição a esse aspecto, assim como em relação à correspondência, teria sido ditado pelo constituinte de forma *absoluta*⁶²³. Na qualidade de Revisor, o Ministro Moreira Alves⁶²⁴ alertou para o fato de que a questão não se esgotava na declaração de invalidade das provas consistentes nas degravações da conversa telefônica e dos dados computadorizados, senão igualmente de fazer abordagem quanto à eventual contaminação das provas colhidas por derivação daquelas.

Naquele mesmo julgamento, o Ministro Moreira Alves, reafirmando a sua posição no HC 69.912/RS, afirmou que, para ele, com a dicção normativa empregada pelo constituinte no art. 5º, LVI, claramente se sufragou a tese de que somente devem ser inadmissíveis no processo *as provas*

⁶²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 371, CAPUT), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, À AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESSA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDO, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: AP — Processo: 307-3, UF: DF, PLENO, Data da decisão: 13/12/1994. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT. Acesso em: 14 mar. 2005. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Data da decisão: 16/12/1993. Disponível em: www.stf.org.br/jurisprudencia. Acesso em: 7 set. 2005.

⁶²² A empresa pertencia a Paulo César Farias, o PC, que havia sido o tesoureiro da campanha presidencial de Fernando Collor e era acusado de ser o principal mentor e executor da rede de corrupção que se instalou no governo.

⁶²³ Ibid.

⁶²⁴ Ibid.

ilícitas em si mesmas, e não as outras “... a que se chegou por meio daquelas, consideradas não como provas, mas apenas como pistas, e que foram produzidas licitamente.”⁶²⁵ Em conclusão, o Ministro Moreira Alves acrescentou que, do modo como o assunto foi tratado no texto constitucional, não há margem para que se defenda a presença da *figura retórica dos frutos da árvore venenosa*⁶²⁶. No ponto, o Ministro Ilmar Galvão, relator do processo, diante da observação feita pelo Ministro Moreira Alves de que a preliminar referente à inadmissibilidade das provas ilícitas era mais abrangente, no sentido de incorporar, igualmente, as provas derivadas, pedindo a palavra pela ordem, aditou ao seu voto as considerações feitas pelo então decano da Suprema Corte, acostando-se ao pensamento por ele exposto⁶²⁷.

Essa posição, no entanto, foi contundentemente rechaçada pelo Ministro Celso de Mello. O Ministro Celso de Mello disse que “... ninguém pode ser acusado ou condenado com base em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do poder público, *também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergencial de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado*”⁶²⁸. De acordo com o Ministro em referência, a hostilidade às provas tanto ilícitas quanto ilegítimas, decorrência do primado do *due process of law*, restou patenteada no texto constitucional que, de forma expressa, previu a *sanção* de inadmissibilidade para elas, daí por que esse tipo de prova *deve ser repudiado sempre*, “... por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade”⁶²⁹. Em passagem do voto, o Ministro afirmou: “A cláusula constitucional do *due process of law* — que se destina a garantir a pessoa do acusado contra eventuais ações abusivas do poder público — tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser sentenciado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder instrutório do Estado”⁶³⁰.

Nessa linha de pensamento, defendeu o Ministro Celso de Mello que a ilicitude original da prova “... transmite-se, por repercussão, a outros dados probatórios que *nela se apoiem*, ou *dela* derivem ou, finalmente, *nela* encontrem o seu fundamento causal.”⁶³¹

O Ministro Celso de Mello argumentou que a redação empregada pela Constituição a respeito da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito não dá ensejo a que se aplique, diante do caráter absoluto da regra ali inscrita, como exclusão dessa sanção, o princípio da *proporcionalidade* construído pela cultura jurídica alemã, uma vez que nela não há nenhuma previsão nesse sentido. Essa proposição, sustentada pelo Ministro Celso de Mello, deu caráter absoluto à *exclusionary rule*, em aplicação ampla da doutrina dos *frutos da árvore venenosa*⁶³².

Corroborando com esse entendimento, Ministro Sepúlveda Pertence, que votou em seguida, finalizou, sem maiores considerações, que “Se essa (prova) é ilícita, o que dela advier, não apenas como prova de ilícito fiscal mas como prova eventual de outros ilícitos, estará contaminado. Já aplico, aqui, Sr. Presidente, a tese dos ‘frutos da árvore venenosa’, suscitada genericamente pela defesa neste processo”⁶³³.

Contudo, a maioria dos ministros seguiu o pensamento expandido pelo Ministro Moreira Alves, a fim de não estender a ineficácia às provas derivadas, rejeitando, por conseguinte, a teoria dos *fruits of the poisoned tree*. O Ministro Sydney Sanches, em seu voto, salientou que a teoria dos

⁶²⁵ Ibid.

⁶²⁶ Ibid.

⁶²⁷ Ibid.

⁶²⁸ Ibid.

⁶²⁹ Ibid.

⁶³⁰ Ibid.

⁶³¹ Ibid.

⁶³² Ibid.

⁶³³ Ibid.

frutos da árvore venenosa pode conduzir a situação inquietante, citando como exemplo a hipótese em que a polícia, chamada pelo marido para investigar o desaparecimento da mulher que teria, segundo ele, sido sequestrada, mediante interceptação telefônica sem autorização judicial — por isso mesmo ilícita — vem a descobrir que, em verdade, ela fora assassinada pelo esposo e que o corpo se encontrava enterrado em determinado local.

Nesse caso — argumentou o Ministro Sydney Sanches — não seria razoável que fosse considerada inválida, sob o pálio de ilicitude por derivação, apenas pela circunstância de a polícia ter dado início a sua investigação com base naquela informação colhida ilicitamente com a interceptação telefônica inidônea, igualmente a prova de balística que demonstra ter partido da arma do marido os disparos referentes aos projéteis encontrados no corpo da esposa, na autópsia realizada após a exumação do cadáver, todas essas diligências realizadas em consonância com os preceitos normativos⁶³⁴.

Em outra parte de seu voto, advertiu o Ministro Sydney Sanches: “Se se entender, em casos como esse, que o ato inicial de interceptação telefônica, pela polícia, praticado inconstitucionalmente, por constituir prova ilícita, inadmissível, por isso mesmo, em Juízo, contamina todos os demais elementos probatórios, obtidos licitamente, inclusive a confissão judicial do réu, em perfeita harmonia com os demais elementos de convicção, então jamais se poderá punir um crime como esse. E a consequência será, sempre e sempre, a absolvição do autor do delito, o que, ‘data venia’, me parece um rematado contrassenso”⁶³⁵. Essa posição foi seguida pela maioria dos ministros, no sentido de que, tendo em conta a forma como redigido, o art. 5º, LVI, da Constituição, não alberga a teoria originada do sistema americano, denominada *fruits of the poisoned tree*⁶³⁶.

Todavia, o entendimento firmado naquela oportunidade não persistiu por muito tempo. Já no ano de 1996, no julgamento do Habeas Corpus 73351/SP, por maioria, o Pleno do Supremo Tribunal Federal adotou o princípio dos *fruits of the poisoned tree* como razão de decidir, ao deixar escrito que “... a ilicitude da interceptação telefônica — à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la —, contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta”⁶³⁷.

No corpo de seu voto, o Ministro Ilmar Galvão, após considerar que a apreensão da droga e consequente prisão dos acusados somente foram possíveis em decorrência da interceptação telefônica obtida sem a necessária autorização judicial, arrematou que “... o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos ‘fruits of the poisonous tree’, é que as provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas”⁶³⁸. Aqui se deu a aplicação da teoria em sua dimensão mais abrangente, sem que fosse feita qualquer consideração referente a regras de exclusão quanto à aplicação desse princípio. Porém, também não demorou para que, em outro caso, no Habeas Corpus 72588/PB, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 1996, em relação à inadmissibilidade da prova por derivação, fizesse importante ponderação quanto à aplicação da cláusula dos *frutos da árvore*

⁶³⁴ Ibid.

⁶³⁵ Ibid.

⁶³⁶ Conforme o extrato da ata do julgamento da AP 307-3, quanto à repercussão da prova inadmissível sobre as demais dela decorrentes, restaram vencidos o Ministro Celso de Mello e, em menor extensão, os Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira (Ibid.).

⁶³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. Relator Ministro Ilmar Galvão, Data da decisão: 09/05/1996. Disponível em: www.stf.org.br/jurisprudencia. Acesso em: 8 set. 2005.

⁶³⁸ Ibid.

*envenenada*⁶³⁹. Em seu voto, o relator, Ministro Maurício Corrêa, escreveu que “... as provas obtidas por meios ilícitos contaminam”, *apenas e tão somente*, “... as que são exclusivamente delas decorrentes”⁶⁴⁰.

A aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa mais uma vez, foi acatada por maioria, na apreciação do Habeas Corpus 72588/PB. Além de ter se consolidado a existência de duas correntes de pensamento no Supremo Tribunal Federal, uma liderada pelo Ministro Moreira Alves, contra a aplicação da teoria dos *fruits of the poisoned tree*, e outra, capitaneada pelo Ministro Celso de Mello, no sentido de que o texto constitucional dá guarida a essa cláusula, restou consignada a tese de que não se tem como imprestáveis todas as provas derivadas, senão aquelas *derivadas exclusivamente da prova obtida por meio ilícito*.

Reforçando esse entendimento, no final do ano de 1996, ao apreciar o Habeas Corpus 74530/AP, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime, lavrado pelo Ministro Ilmar Galvão⁶⁴¹, esclareceu, em mitigação a essa teoria, que a prova por derivação, a princípio inidônea, pode ser admissível, na hipótese em que “... não for a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar com as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial.” A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal⁶⁴², que passou a apoiar a tese dos *fruits of the poisoned tree* em sua forma mitigada, por maioria, no Habeas Corpus 76203/SP, ressaltou que a “Escuta telefônica que não deflagra ação penal, não é causa de contaminação do processo”, devendo ser emprestada, ao caso, a “Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos”.

Nota-se, assim, que, em pouco tempo, o Supremo Tribunal Federal, após intensos debates, inicialmente, firmou o entendimento de que a cláusula da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (*exclusionary rule*), nos termos como redigida pelo constituinte, não alcança as provas derivadas, posteriormente, modificou essa orientação, de modo a entender que o vício da prova ilícita contamina, igualmente, por derivação, as demais provas, acolhendo, assim, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisoned tree*) em sua dimensão ampla, mas, finalmente, mediante *interpretação restritiva*, construiu a tese de que não se aplica essa teoria quando as derivadas não decorrem *exclusivamente* da prova originária eivada de ilicitude. Assim, o Supremo Tribunal Federal saiu da posição de *inadmissibilidade* da teoria dos frutos da árvore envenenada para a de *admissibilidade irrestrita* e, por fim, para uma mais ponderada, em que a admite (*admissibilidade restrita*), porém em sua forma mitigada.

Análise desse escorço jurisprudencial sobre o tema revela que o Supremo Tribunal Federal acolhe, em nosso meio, a regra de exclusão de ilicitude da prova derivada consubstanciada nas teorias da quebra do nexo de causalidade entre a originária ilícita e a derivada lícita, da *fonte independente (independent source)* e, em certa medida, do *descobrimto inevitável (inevitable discovery)*, hauridas da jurisprudência da Suprema Corte Americana.

Essa posição jurisprudencial foi acolhida pelo legislador, por meio da Lei nº 11.690, de 2008, ao alterar o art. 157 do CPP e, com o enxerto do § 1º, definir que “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e

⁶³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. Data da decisão: 12/06/1996. Disponível em: www.stf.org.br/jurisprudencia. Acesso em: 9 set. 2005.

⁶⁴⁰ Ibid.

⁶⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO EXTEMPORÂNEA. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO ACOLHIMENTO. Data da decisão: 12/11/1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 7 set. 2005.

⁶⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESCUTA TELEFÔNICA. OUTROS MEIOS DE PROVA. LICITUDE. Relator p/ acórdão Ministro Nelson Jobim. Data da decisão: 16/06/1998. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 9 set. 2005. No julgamento, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Maurício Corrêa, que defendiam a aplicação abrangente da cláusula dos frutos da árvore venenosa.

outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.” Indo mais além, o legislador cuidou de considerar fonte independente “... aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.” (§ 2º). Aqui, como se verá mais adiante, ao dar a definição de fonte independente, em verdade, o legislador tratou da teoria da descoberta inevitável.

Isso não quer dizer, porém, que outras exceções às *exclusionary rules* não possam ser invocadas, consoante será analisado a seguir. O que se tem é que, expressamente, o legislador infraconstitucional, em rigor, adotou três regras oriundas da jurisprudência americana: (1) falta de nexo de causalidade entre a prova originária ilícita e a derivada; (2) fonte independente da prova derivada; (3) descoberta inevitável da prova derivada.

5.1.8.2.3.1. Falta de nexo de causalidade entre a prova originária ilícita e a derivada, quando esta não decorre exclusivamente daquela

No texto sugerido pela Comissão da Reforma constava, no § 1º do art. 157, a observação de que “São também inadmissíveis as provas 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”. A previsão normativa proposta padecia da necessidade de maior detalhamento, a fim de facilitar a compreensão de seu efetivo alcance.

Tentou-se, porém, um avanço maior, a fim de agasalhar a doutrina sufragada pela Suprema Corte americana da *mancha purgada* (*purged taint*), dos vícios sanados ou da tinta diluída. É o caso em que, diante da falta de imediatidade, a prova posterior não é considerada contaminada pelo vício embutido em ato antecedente do qual mantém relação de derivação, o que faz com que ocorra a atenuação, diluição ou eliminação da ilicitude primária. Em sintonia com essa cláusula de exceção, não se aplica a teoria dos *fruits of the poisoned tree*, “... *si la relación entre la ilegalidad y la prueba actualmente cuestionada es tal que el veneno de la ilicitud fue atenuado al momento en que la evidencia fue obtenida.*” Conforme exame dos precedentes das Cortes americanas, Strong⁶⁴³ pinça os seguintes elementos que devem estar presentes para a aplicação da cláusula de exceção *purged taint*:

- a) Secuencia de tiempo: Um prolongado lapso temporal entre la ilegalidad primaria y la evidencia cuestionada em último término.
- b) Circunstancias interferentes: La cantidad y naturaleza de los factores lícitos que intervienen entre la ilicitud original y la última prueba, pueden ser tenidos en cuenta para la procedencia de la limitación a la regla de exclusión por disipación del tinte de ilegalidad. Alguns sugeren que si en algunas de las circunstancias interferentes autónomamente legales ha obrado la autoridad judicial, ello también es una base importante para el funcionamiento de la excepción.
- c) Magnitud de la inconducta funcional: El propósito y la intensidad de la primera ilegalidad es relevante para tomar en cuenta la “dosis de veneno que puede transmitir a la evidencia subsecuente. Ello está medido en función de la utilidad de la exclusión para disuadir la mala conducta policial.
- d) Elección voluntaria: Se da cuando la cadena de hechos involucra una decisión voluntaria de alguno de cooperar con la investigación, generalmente en casos de arrestos incorrectos (como en “Wong Sun”)⁶⁴⁴

Na pesquisa levada a efeito em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se observou a existência de pronunciamento com o qual se dê

⁶⁴³ Apud HAIRABEDIÁN. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 87-88.

⁶⁴⁴ No caso Wong Sun v. Us, a polícia, ilegalmente, obteve a confissão de A, com base na qual se efetuou a apreensão de drogas em posse de B, que, por sua vez, disse tê-la recebido de C. Em razão disso, a Suprema Corte reconheceu a nulidade da confissão, assim como de seu efeito imediato, a apreensão da droga que estava com B, porém não entendeu que a falta de eficácia da prova por derivação ilícita atingisse o que se apurou contra C, ao argumento de sua “... tenue relación com la ilicitud inicial que dispó el tinte de ilegalidad” (HAIRABEDIÁN. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 86).

abrigo a essa tese. Esta teoria guarda alguma similitude com a da *independent source*, mas com ela não se confunde, pois o nexos causal entre a prova primária e secundária é atenuado não em razão da circunstância de esta possuir existência independente daquela, mas em virtude de o espaço temporal decorrido entre uma e outra, as circunstâncias intervenientes na cadeia pertinente ao conjunto probatório, a menor relevância da ilegalidade ou a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal atenuarem, sobremaneira, o procedimento ilícito inicial. Hairabedián⁶⁴⁵ cita decisão do Tribunal Supremo da Espanha que não acolheu essa tese, ao argumento de que, mesmo debilitado o nexos causal entre a prova primária ilícita e a derivada, ainda assim ele continua a existir, de modo que a contaminação há de ser reconhecida.

Para que essa teoria fosse adotada em nosso sistema, a Associação dos Juizes Federais do Brasil — Ajufe sugeriu que, no § 2º do art. 157 do CPP constasse a seguinte redação: “Não se considera evidenciado o nexos de causalidade, quando for ténue o liame de conexão entre a prova ilícita e a que dela possa derivar.” Essa sugestão, porém, não foi acolhida pelo Legislativo.

Talvez o melhor tenha sido mesmo que não fosse aprovada a sugestão. As regras de exclusão consubstanciadas nas teses da fonte independente e do descobrimento inevitável, ao que parece, já são o bastante para podar o alcance da teoria dos frutos da árvore envenenada, de modo que não se mostra muito adequado, mediante a adoção do *purged taint*, contemporizar ainda mais com a cláusula constitucional que impõe a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

Mesmo assim, note-se que, para todos os efeitos, o legislador brasileiro, com a redação do § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal, admitiu a validade da prova derivada das ilícitas, se e quando “... não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras”. Como se vê, expressamente, o sistema jurídico brasileiro passou a aceitar a prova derivada como lícita quando ela não tiver *nexos de causalidade* decorrente da ilícita, ou seja, quando ela não depender *exclusivamente* desta, tese essa consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Essa cláusula de exclusão da sanção de inadmissibilidade da prova derivada tem sido sufragada pelo Supremo Tribunal Federal de há muito tempo — mais precisamente a partir do julgamento do Habeas Corpus 72588/PB, no qual se esclareceu que a prova derivada da originária obtida por meio ilícito, embora em princípio seja inválida, isso não ocorre quando ela “... não for a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal..”, uma vez que esteja suficientemente corroborada pelas demais provas obtidas de forma lícita⁶⁴⁶.

Em estudo anterior, a prova derivada considerada lícita pelo fato de não depender, *exclusivamente*, da originária contaminada com vício de ilicitude, foi catalogada como hipótese de fonte independente⁶⁴⁷. Todavia, tal como redigido o § 1º do art. 157 do CPP, não resta dúvidas de que o legislador quis extremar uma situação da outra. O nexos de causalidade entre a prova originária e a derivada não se faz sentir, quando esta não decorre exclusivamente daquela, conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5.1.8.2.3.2. Fonte independente da prova derivada (*independent source*)

A teoria da *fonte independente (independent source)* tem sido adotada em vários pronunciamentos da Suprema Corte Americana, que consiste em relevar a nulidade da prova quando, ainda que ilícito o meio empregado na apuração, esta exista por si mesma, podendo ser obtida em conformidade com o ordenamento jurídico. Ela serve para temperar o rigor da teoria dos frutos da árvore envenenada, excepcionando-se “... da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras é ténue ou de modo a não se colocarem as primárias e as secundárias como causa e efeito”⁶⁴⁸. Essa hipótese denomina-se, no sistema americano,

⁶⁴⁵ *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 89.

⁶⁴⁶ Cf. item 5.1.8.2.3, supra.

⁶⁴⁷ Cf. SILVA JÚNIOR, *Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal*, p. 500-5004.

⁶⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 136.

*independent source*⁶⁴⁹.

Nessa linha de pensamento, a despeito da ilegalidade praticada na obtenção da prova (confissão à força, por exemplo), não se tem por contaminada a prova que resulta de procedimento independente, sem conexão direta com a violação constitucional anteriormente praticada na investigação. Conforme Hairabedián⁶⁵⁰, a Suprema Corte americana, em relação à exclusão de contaminação da *prova derivada* decorrente da *prova obtida por meio ilícito*, faz notar que a tese da *fonte independente* tem sido fundamentada em dois sentidos: (1) casos em que o Ministério Público, tendo obtido provas de forma legal e ilegal, faz uso apenas da obtida licitamente, que é a *hipótese propriamente dita da fonte independente (independent source)*; (2) ou quando o Ministério Público faz uso em conjunto de todas as provas obtidas na investigação, incluindo as contaminadas, o que enseja a necessidade de que sejam especificadas as provas que, com a supressão hipotética do ato eivado de vício, podem igualmente permitir a mesma conclusão ou substituir a inválida⁶⁵¹.

Como exemplo de julgado com base nessa tese da fonte independente, Hairabedián cita o caso em que, feito o reconhecimento do autor do crime por testemunha sem a prévia cientificação ao defensor, o ato se renova no julgamento. Adverte Hairabedián que a jurisprudência norte-americana, em alguns casos, quando surgem dificuldades fáticas para definir o grau de nexos de causalidade entre a ilicitude originária e a última prova derivada, não tem aplicado a cláusula de exclusão de nulidade, ressaltando que, nesses casos, tem plena aplicação o princípio do *in dubio pro reo*.

Em análise do sistema processual alemão, Manuel da Costa⁶⁵² diz que a vedação se restringe à “... valoração das declarações obtidas pelos métodos proibidos e legalmente descritos, mas já não dos meios de prova que aquelas declarações tornam mediatamente possíveis”, porquanto “... a ilicitude que inquina a prova primária, não preclui a possibilidade de acesso, por procedimentos legalmente admissíveis, à prova secundária”⁶⁵³. Em citação à lição emanada de Gössel, o doutrinador português diz que

O § 136 da StPO quer seguramente impedir que seja utilizado para efeitos de convicção o material directamente resultante do atentado à livre conformação da vontade do arguido (v.g. uma confissão obtida mediante tortura); mas já não impedir a consideração dos demais resultados daquela investigação que, apesar de obtidos a partir dos dados indevidamente alcançados, podem ser legitimamente introduzidos no processo.

O Tribunal Supremo Espanhol também tem reconhecido a tese da *fonte independente (independent source)*, ao deixar consignado que a prova derivada não há de ser tida como contaminada, não sendo, por conseguinte, considerada ilícita, na hipótese em que “... *es posible establecer desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas*”⁶⁵⁴. Há registro, até mesmo, da adoção pela Corte Suprema espanhola da tese do descobrimento inevitável hipotético, registrado em caso no qual, em que pese tenha ocorrido interceptação telefônica ilegal, a pessoa já vinha sendo investigada pela polícia, tendo ocorrido anteriormente, inclusive, autorização judicial para que fosse violado o sigilo telefônico, de modo que, “...

⁶⁴⁹ Hairabedián faz notar que “Ya em 1920, cuando la Corte extendió la ineficacia probatoria a la prueba derivada de la ilegal en el caso ‘Silverthone’, el voto de juez Holmes agregaba que la teoría de la extensión no necesariamente implicaba que las pruebas adquiridas en virtud de la violación eran de una invalidez ‘sagrada’, y que si el ‘conocimiento de ellas es obtenido de una fuente independiente, pueden servir como prueba como cualquier otra.” (*Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 68)

⁶⁵⁰ *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 68.

⁶⁵¹ *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 69.

⁶⁵² ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 171.

⁶⁵³ *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 171.

⁶⁵⁴ HAIRABEDIÁN, *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 70. No mesmo sentido, cf. Eduardo de Urbano. Op. cit., p. 46-47.

'inevitavelmente' y por métodos regulares, ya había cauces em marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo."⁶⁵⁵

Existem precedentes do Supremo Tribunal Federal em ambos os sentidos com os quais é concebida a teoria da *independent source*. Com efeito, no julgamento do Habeas Corpus 76203/SP, ocorrido perante a Segunda Turma da Excelsa Corte, observou-se que a prova ilícita decorrente da escuta telefônica indevida não ocasiona a contaminação das demais provas, na hipótese em que ela não é utilizada para *deflagrar a ação penal*, ou seja, o Ministério Público, no momento da propositura da denúncia, não faz uso da prova inadmissível por ofensa a preceito fundamental⁶⁵⁶. No referido julgado, no corpo da ementa, ressaltou-se que essa linha de entendimento, que na verdade acolhe a teoria da *independent source* propriamente dita, confere uma "Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos"⁶⁵⁷. Essa é aquela hipótese em que o Ministério Público, de posse de provas obtidas de forma lícita e ilícita, ao oferecer a denúncia, escora a pretensão acusatória apenas nas que foram validamente produzidas, de modo que, mesmo estas tendo grau de derivação da que estava contaminada, não se há de falar em aplicação da tese dos frutos da árvore venenosa, uma vez que gozam de existência autônoma.

Há registro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, igualmente, de acolhida da tese da *força independente* mesmo quando o Ministério Público, a um só tempo, apoia a sua pretensão punitiva em provas carreadas para o processo mediante procedimento lícito e ilícito. Tal se observa da leitura do acórdão redigido no Habeas Corpus 83921/RJ, no qual funcionou como relator o Ministro Eros Grau⁶⁵⁸, merecendo destaque a parte da ementa em que se diz que não cabe censura a decisão judicial quando, a despeito da existência de ilicitude no procedimento adotado para que fosse colhido o reconhecimento fotográfico, o pronunciamento se escora "em provas autônomas produzidas em juízo." De acordo com essa mesma orientação, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, em votação unânime, tendo como Relator o Ministro Félix Fischer⁶⁵⁹, atestou que "Não há como acolher a pretensão do recorrente de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (the fruits of the poisonous tree), haja vista que o vergastado acórdão reconheceu a independência entre a prova tida como ilícita e as demais...", tese que igualmente passou a ser defendida em outros julgados.

No mesmo sentido, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, também à unanimidade, no Recurso Especial nº 204080/CE, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, certificou que, no caso, não merecia censura a decisão de pronúncia prolatada, uma vez que os indícios de materialidade e autoria que lhe deram suporte não foram "... derivados de provas ilícitas (utilização de dados telefônicos sem autorização judicial), mas autônomos, sem a contaminação de que fala a teoria dos frutos da árvore envenenada"⁶⁶⁰.

⁶⁵⁵ Ibid., p. 76.

⁶⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESCUTA TELEFÔNICA. OUTROS MEIOS DE PROVA. LICITUDE. Relator p/ acórdão Ministro Nelson Jobim. Data da decisão: 16/06/1998. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 9 set. 2005.

⁶⁵⁷ Ibid.

⁶⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQUENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA. un., Data da decisão: 03/08/2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 9 set. 2005.

⁶⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ARTS. 213 E 214 C/C ART. 224, A, E ART. 147, TODOS DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. DEGRAVAÇÃO. PROVA ILÍCITA. ORDEM CONCEDIDA PELO E. TRIBUNAL A QUO PARA DETERMINAR O DESENTRANHAMENTO DA REFERIDA PROVA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS PROVAS RECONHECIDA PELO E. TRIBUNAL A QUO. NECESSIDADE DE ACURADO EXAME DO MATERIAL COGNITIVO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA, Data da decisão: 28/06/2005. un. Disponível em: www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em: 9 set. 2005.

⁶⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. CRIMINAL. PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO GENÉRICA DE LEI. PRONÚNCIA. PROVAS ILÍCITAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NÃO-OCORRÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA Nº 7. Data da decisão: 21/08/2001. Disponível em: www.stj.gov.br/Jurisprudencia. Acesso em: 10 set. 2005.

A tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, por conseguinte, é no sentido de que a prova, mesmo derivada de outra que é considerada ineficaz por ter sido obtida por meio ilícito, não deve ser considerada contaminada pelo vício, na medida em que ela tem existência própria, independente da prova colhida de forma ilícita. Essa posição foi defendida, com bastante sagacidade, pelo Ministro Sydney Sanches, no já mencionado julgamento do caso Collor. Com base nessa tese, imagine-se a situação em que, mediante escuta telefônica ilegal, obtém-se a confissão do crime, a qual em si é uma prova que decorre do meio ilegal empregado. Em outras palavras, a confissão, na qualidade de prova, não existe senão em razão da ilicitude, mas tal não contamina, por exemplo, a diligência que, feita sob as cautelas legais, porém a partir da informação colhida naquele procedimento, logra encontrar o corpo da vítima. Para utilizar a expressão do Ministro Moreira Alves, aquela prova ilícita originária, no caso, serve como pista, não como prova.

No julgamento do processo nº 2006.84.00.004873-0, que tramitou perante a Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, a despeito de se reconhecer a ilicitude da prova derivada da diligência levada a efeito em busca e apreensão aparelhada com decisão oriunda de Juízo com incompetência absoluta, e que não era aplicável a tese do *juízo aparente* (boa-fé)⁶⁶¹, entendeu-se pela validade da prova consistente de fotografias da fachada do estabelecimento, as quais, para serem obtidas validamente, prescindiam da autorização judicial. A primeira parte da ementa está assim redigida: “A busca e apreensão, determinada pela justiça estadual em crime de alçada federal, diante da incompetência absoluta, compromete a validade da diligência, sendo consideradas, assim, ilícitas as provas delas decorrentes, sem contaminação, porém, das demais que não guardam nexo de causalidade com a prova primária ilegal ou que possuem fonte independente, como são os casos das fotografias tiradas da fachada da empresa, que podiam ser feitas independentemente de autorização judicial, e dos depoimentos prestados em Juízo, salvo em relação àquilo que o policial, na qualidade de testemunha, relata com base no que tomou conhecimento na execução do mandado viciado (art. 157, caput e §§ 1º e 2º, do Código Penal, com a alteração da Lei nº 11.690, de 2008.). Precedentes do Supremo Tribunal Federal”. Ou seja, tratou-se de prova cuja obtenção não teve relação de dependência do mandado de busca e apreensão, considerado ilícito porque expedido com base em decisão de juiz incompetente.

Como já foi salientado, com a edição da Lei nº 11.690, de 2008, essa jurisprudência do STF, seguida pelo STJ, foi transformada em lei, na medida em que, nos termos do art. 157, § 1º, do CPP, a prova derivada não é considerada inadmissível, quando ela tiver origem em *fonte independente*. Note-se que a definição de fonte independente, encartada no § 2º do art. 157 do CPP, não se coaduna propriamente com a explicação dada a essa teoria quer pela jurisprudência, quer pela doutrina, mas à teoria do descobrimento inevitável, que será estudada a seguir.

Resta deixar consignado ainda que, em consonância com a arguta observação de Joshua Dressler, a distinção basilar entre a (a) *independent source*, (b) *inevitable discovery rule* e (c) *attenuated connection principle* ou *purged taint* reside na circunstância de a primeira, diferentemente das outras duas, não se tratar de prova derivada da originária, porquanto possui existência própria, ou seja, independente. As teorias do descobrimento inevitável e a da conexão atenuada servem para excepcionar propriamente a cláusula do *fruto da árvore envenenada*, a fim de conferir validade à prova derivada.

5.1.8.2.3.3. Descobrimento inevitável da prova derivada (*inevitable discovery*)

Outra tese que, em consonância com a jurisprudência da Suprema Corte americana, serve para dar flexibilidade à teoria *dos frutos da árvore envenenada* é a doutrina do *descobrimento inevitável* (*inevitable discovery*). Tal ocorre quando, sem embargo do procedimento ilegal

⁶⁶¹ Cf. item 5.1.8.2.4.3, infra.

empregado para o descobrimento do fato, é possível obter-se a prova de forma lícita⁶⁶². Conquanto parecida com a tese da *independent source*, daquela se distingue devido à circunstância de não prescindir de produção probatória independente, senão de que o descobrimento inevitável seja *hipoteticamente fátivel*⁶⁶³. A despeito da distinção, reconhece Hairabedián, “... es común la confusión entre una excepción y otra, dadas las similares características que presentan ambas, o que há llevado a tratarlas em conjunto”.

Mas cabe destacar que, no caso do *inevitable discovery*, “... as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira”⁶⁶⁴, ou, em outras palavras, “... a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas.”⁶⁶⁵ Aqui parece evidente que a tese admite a validade da prova derivada quando ela, suprimida a prova anterior e ilícita, seja possível exsurgir lícitamente, o que pressupõe, por conseguinte, a existência concreta dessa prova derivada, não apenas a possibilidade de ela ter sido obtida.

De todo modo, HAIRABEDIÁN cita o caso em que a Suprema Corte entendeu pertinente para dar validade à prova que embora obtida ilicitamente seria inevitavelmente obtida mesmo se tivesse sido adotada a forma legal, tese que, segundo o autor em referência, é sufragada por ROXIN, que crê acertado aplicar-se essa exceção ante um *alto grau de probabilidade do descobrimento inevitável*⁶⁶⁶.

Contudo, o mais correto parece ser a exigência de que a prova derivada exista concretamente, pois a validade não é da prova obtida por meio ilícito, mas sim da que dela é derivada, porém, por não depender única e exclusivamente daquela e, por isso mesmo, ser inevitável o seu descobrimento, tem-se por eficaz, aplicando-se a *exclusionary rules*. Ademais, no caso em que o descobrimento inevitável se sustenta ante uma *probabilidade fátivel*, tem-se uma mera presunção de prova derivada lícita, o que não se coaduna com o princípio do *in dubio pro reo*, que dimana do direito fundamental da *presunção de não culpabilidade*.

Em um caso concreto, julgado no processo nº 2006.84.00.004873-0, ao proferir a sentença, a despeito de reconhecer a ilicitude da prova derivada da diligência levada a efeito em busca e apreensão aparelhada com decisão oriunda de Juízo com incompetência absoluta, entendemos pela validade da prova consistente de fotografias da fachada do estabelecimento, as quais, para serem obtidas validamente, prescindiam da autorização judicial.

A verdade é que essa cláusula de exceção contém acentuado grau de indefinição, daí que merece atenção a advertência de que “*La doctrina del descubrimiento inevitable debe ser usada com restricción para que no se convierta em um vehículo que derogue el derecho de todos los ciudadanos a estar libres de registros y secuestros irrazonables*”⁶⁶⁷. Por isso mesmo, além de alguns tribunais, como é o caso da Suprema Corte de Massachusetts, exigirem, para aplicar a exceção, a demonstração da certeza do descobrimento inevitável, a boa-fé da polícia e a prova de que não houve violação do domicílio, outros, a exemplo da Suprema Corte do Arizona, em alguns casos, mesmo quando suprida a exigência do *inevitable discovery*, ainda assim, não fazem uso da excepcionalidade, tendo em conta a intensidade do direito fundamental violado, “... que debe disuadirse aun cuando el descubrimiento de la evidencia secuestrada hubiese sucedido inevitablemente”⁶⁶⁸.

De toda maneira, a Suprema Corte americana, ainda em *Nix v. Williams*, também aplicou a teoria do *inevitable discovery*, em relação à circunstância em que, tendo os agentes policiais induzido o acusado, com violação à Sexta Emenda que assegura o direito à assistência jurídica, a mostrar o lugar onde estava enterrado o corpo da vítima, outra equipe de investigação já se

⁶⁶² HAIRABEDIÁN, *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 73.

⁶⁶³ *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 73.

⁶⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*, p. 136.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 136.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 74.

⁶⁶⁷ HAIRABEDIÁN, *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 79.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

encontrava a poucas milhas do cadáver, que teria sido inevitavelmente descoberto, caso, diante da colaboração inquinada de ilegal, não tivesse sido abortada a operação⁶⁶⁹.

Eduardo de Urbano⁶⁷⁰ menciona decisão do Tribunal Supremo espanhol, prolatada no ano de 1995, na qual se adotou essa tese, ao argumento de que não se deve ter como ineficaz a prova derivada, “*si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas; y que esa desconexión siempre existe en la jurisprudencia norte-americana en los caso de hallazgo inevitable*”.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em votação unânime, no julgamento do Habeas Corpus 16956/RJ, em que se apresentou como Relator o Ministro Fernando Gonçalves⁶⁷¹, acolheu expressamente essa tese, ao preceituar que “Não se aplica à espécie a doutrina ‘dos frutos da árvore envenenada’ se a escuta telefônica, malgrado tenha sido realizada sem a observância do devido processo legal, não foi a prova decisiva ou única para o indiciamento do paciente.” Vê-se que, nesse caso, para o Superior Tribunal de Justiça, mesmo sendo ilícita a prova produzida, deve-se relevar essa irregularidade, e, assim, admitir a prova derivada, desde que a prova originária contaminada não seja decisiva ou então não seja a única. Note-se que o precedente do Superior Tribunal de Justiça vai além da forma como é concebida no sistema americano a cláusula do *inevitable discovery*, pois ali, para se admitir a exceção à *exclusionary rule*, exige-se que a prova originária angariada de forma ilícita não seja determinante, enquanto, no pronunciamento judicial em comento, para afastar essa regra, afirmou-se que basta, para tanto, não ser ela a decisiva ou a única.

Porém, se a cláusula do *inevitable discovery*, aplicada sob o argumento de que se deve ter como admissível a prova obtida de forma ilícita quando ela não é *determinante* para a condenação, possuindo, assim, apenas uma força subsidiária, é extremamente perigosa, o que não dizer alargá-la para afirmar que a exceção à *exclusionary rule* deve ocorrer sempre que se verificar a existência de outras provas que autorizam a condenação. Se assim for, praticamente não se aplicará a tese da *inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito*, pois, dificilmente, em um processo, há apenas as provas que foram angariadas ilicitamente, na medida em que o conjunto probatório, em seu todo, além delas, compreende as que são colhidas de forma lícita. Não se pode perder de vista, no entanto, que o precedente em foco do Superior Tribunal de Justiça foi dado no ambiente estreito do exame de habeas corpus, com o qual se pretendia a extinção do processo (impropriamente denominado *trancamento da ação penal*). Certamente, a tese da *inevitable discovery* não seria recebida dessa forma abrangente, caso a manifestação da Egrégia Corte fosse dada em julgamento quanto ao mérito da demanda, quando se faz o *juízo de culpabilidade*.

De toda sorte, há pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça aplicando a teoria do descobrimento inevitável conforme a sua essência. No julgamento do Habeas Corpus 146.949, no qual funcionou como Relator o Ministro Jorge Mussi⁶⁷², a Quinta Turma, à unanimidade, ao apreciar pedido de nulidade da prova ao fundamento de ilegal a atuação de policiais e peritos com base em convênio irregular, entendeu que, afastando-se, hipoteticamente, a ilegalidade, a diligência poderia ter sido realizada, razão pela qual era plenamente válida a diligência que resultou na prisão em flagrante. Na parte que interessa, a ementa está assim redigida⁶⁷³:

PROVAS QUE SERIAM OBTIDAS INDEPENDENTEMENTE DO CONVÊNIO SUPOSTAMENTE ILEGAL. TEORIAS DA FONTE INDEPENDENTE E DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. SUBSISTÊNCIA DO FLAGRANTE E DAS PROVAS OBTIDAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Ainda que o convênio celebrado

⁶⁶⁹ DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*, p. 417.

⁶⁷⁰ **La prueba ilícita penal**: estúdio jurisprudencial, p. 44.

⁶⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MATÉRIA NÃO DECIDIDA PELO TRIBUNAL ATACADO. NÃO CONHECIMENTO. NULIDADE. PROCESSO. INOCORRÊNCIA. ESCUTA TELEFÔNICA. PROVA ILEGÍTIMA, Data da decisão: 13/11/2000. Disponível em: www.stj.gov.br/Jurisprudencia. Acesso em: 10 set. 2005.

⁶⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 16/11/2010. Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta. Acesso em 10 jan. 2013.

⁶⁷³ *Ibid.*

no caso vertente fosse considerado nulo ou ilegal, o que, repita-se, não ocorreu, a prisão em flagrante e a prova pericial seriam válidas, porquanto o referido acordo não foi determinante para a obtenção da prova que se reputa nula por derivação (teorias da fonte independente e da descoberta inevitável).

Esse pensamento foi repetido em votação unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus 5062/RJ, também relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, com ementa vazada nos seguintes termos⁶⁷⁴:

‘HABEAS CORPUS’. NULIDADE DO PROCESSO. ESCUTA TELEFÔNICA. PROVA ILEGÍTIMA. 1. Se a acusação resulta de um conjunto probatório, no qual a escuta telefônica, judicialmente autorizada, foi apenas um meio para se chegar a verdade dos fatos, tem-se por excluída a tese da ilicitude da prova, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada. 2. A influência de um destes meios probatórios no resultado do julgamento deverá ser pesquisada em sede de apelação. 3. precedentes do STF (HC 69.912-0/RS) E DO STJ (RHC 45.158/SP). 4. Ordem denegada.

Em outro caso interessante, em que houve a quebra de sigilo sem autorização judicial⁶⁷⁵, consistente na publicidade da movimentação financeira dada ao sobrinho da vítima, o Superior Tribunal de Justiça, pela sua Sexta Turma, na apreciação do Habeas corpus nº 52.995, relatado pelo Ministro Og Fernandes, à unanimidade, afastou a ilegalidade da prova, com suporte na teoria do descobrimento inevitável, ao argumento de que, sendo a pessoa a quem revelado o sigilo bancário também herdeiro, essa informação ser-lhe-ia franqueada igualmente independentemente de ordem judicial, a partir do momento em que fosse habilitado como sucessor da vítima no respectivo inventário. Eis o teor da ementa do acórdão:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexistente, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação. 3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. (...) o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. 7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. 8. Ordem denegada.

Mas há de se lembrar que, conforme já ressaltado, ao definir o que seria fonte independente como “... aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da

⁶⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 10/12/1996. Disponível em: www.stj.gov.br/Jurisprudencia. Acesso em: 19 set. 2005.

⁶⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Data da decisão: 16/09/2010. Acesso em 14 jan. 2013.

investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (art. 157, § 2º, do CPP), o legislador, findou tratando de hipótese que caracteriza a *inevitable discovery*, ao definir a fonte⁶⁷⁶.

Assim, para todos os efeitos, pode-se concluir que, ao lado da fonte independente, com a Reforma Tópica de 2008 foi acolhida, normativamente, também a teoria do descobrimento inevitável, entendimento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

5.1.8.2.4. Outras regras de exclusão

Conforme assinalado, as regras de exclusão acima, expressamente agora acolhidas no Código de Processo Penal por força da nova redação emprestada ao art. 157 pela Lei nº 11.690, de 2008, são fruto da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana que, depois de adotar a teoria dos *fruits of the poisoned tree*, passou a tergiversar sobre o tema. A Suprema Corte Americana, tempos antes, fez o mesmo percurso do Supremo Tribunal Federal: recalcitrou, no início, em admitir a teoria dos frutos da árvore envenenada, depois passou a admiti-la de forma ampla e, por fim, passou a criar uma série de regras de exclusão⁶⁷⁷.

Em verdade, ao mesmo tempo em que a teoria das *exclusionary rules* atingia, nos Estados Unidos, a sua expressão máxima com o entendimento de que ela abrangia, ainda, as provas derivadas, surgia, em contranota, uma forte reação contra a rigidez dessa regra, que ganhou fôlego com as vozes fortes do movimento criminal denominado *law and order*, com o qual se reclamava a adoção de temperamento à tese, com conseqüente redução do seu alcance, especialmente em relação à contaminação das provas por derivação⁶⁷⁸. Joshua Dressler afirma que durante a presidência de Eral Warren (1953-1969), a Suprema Corte americana se notabilizou pelo desenvolvimento de regras mais favoráveis aos direitos fundamentais da pessoa em relação ao Estado⁶⁷⁹. Por outro lado, sob a presidência dos outros dois que lhe seguiram, Warren Burger e William Rehnquist, especialmente este último, acentuou-se o trato da questão dos direitos fundamentais tendo em conta interpretação mais consentânea com um modelo de processo penal que favorece ao *crime control*. Com a eleição de Richard Nixon, que tinha como promessa de campanha a aplicação da teoria da *law and order* no trato da criminalidade, que coincidiu com a aposentadoria de Eral Warren, deu-se início ao desenvolvimento, pela Suprema Corte, de entendimento mais comedido quanto à aplicação da teoria dos *fruits of the poisoned tree*.

Em detalhado estudo do Direito Comparado, Maximiliano Hairabedián identifica doze exceções às *exclusionary rules*, as quais mitigam sobremaneira a teoria dos *fruits of the poisoned tree*: (1) a fonte independente; (2) o descobrimento inevitável; (3) a boa-fé (*good faith*); (4) a doutrina do *purged taint* ou dos vícios sanados; (5) a prova benéfica em prol do acusado; (6) o princípio da proporcionalidade ou *balancing test*; (7) a destruição da mentira do imputado; (8) a teoria do risco; (9) a *plain view doctrine* e os campos abertos; (10) a renúncia do interessado; (11) a infração constitucional alheia; e (12) a infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial.

Para melhor compreender a adoção dessas exceções à regra das *exclusionary rules* pela Suprema Corte americana, impõe-se esclarecer que, no sistema estadunidense, o escopo dos direitos fundamentais é prevenir e reprimir os abusos praticados pela polícia criminal na apuração dos fatos criminosos. Por isso mesmo, pode-se concluir que, no sistema americano, em primeiro lugar, os direitos fundamentais servem de parâmetros para a atuação da polícia, o que faz sobrelevar o entendimento de que algumas cláusulas de exclusão, como a *good faith*, são adotadas pela jurisprudência como forma de atenuar, em prol da atividade policial, a rigidez das *exclusionary rules*. O mesmo não se dá em outros sistemas jurídicos, como é o caso brasileiro, em

⁶⁷⁶ Esse texto foi sugerido por comissão da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE.

⁶⁷⁷

⁶⁷⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 23.

⁶⁷⁹ *Understanding criminal procedure*, p. 20-21.

que os direitos fundamentais são previstos como regras que vinculam não apenas os aparelhos dos órgãos de segurança que se ocupam da atividade investigatória, mas igualmente todos, com isso se dizendo que não se tratam de normas cujas garantias se contentam em inibir o abuso do poder público, até porque eles visam garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, que pode ser arranhada não só por aqueles, como igualmente por qualquer pessoa.

Muitas delas, como se nota, não foram contempladas na Lei nº 11.690, de 2008, mas, todavia, são plenamente aplicáveis em nosso sistema. Não era de se esperar que o legislador contemplasse todas as regras conhecidas de exceção às *exclusionary rules*, até pela dificuldade de traduzir normativamente, nessa seara, o pensamento jurisprudencial e doutrinário. A melhor postura foi a do legislador, que se contentou em anunciar aquelas teorias que são mais evidentes, deixando o mais para a jurisprudência e a doutrina, especialmente a primeira, na aplicação aos casos concretos, diante das circunstâncias que devem preponderar, para excluir, ou não, a contaminação da prova derivada.

É válido, assim, fazer-se aqui o esboço de algumas dessas outras regras de exclusão.

5.1.8.2.4.1. Prova benéfica em prol do acusado

Conforme registra Hairabedián, a doutrina de alguns países tem adotado a tese de que a prova produzida de forma ilícita há de ser considerada eficaz, quando ela é utilizada em prol do acusado⁶⁸⁰. A esse respeito, o doutrinador argentino faz referência a decisão do Tribunal Supremo espanhol, na qual se admite a utilização da prova ilícita em prol do acusado, até porque se, em razão do princípio da presunção de não-culpabilidade, na dúvida, o juiz deve absolver, não teria sentido que ele não desse a devida atenção a uma prova que, conquanto produzida de forma ilícita, demonstra a inculpabilidade do acusado⁶⁸¹.

Concebida a declaração de direito fundamental como limitação ao direito de punir do Estado, facilmente se percebe que o juiz pode, com suporte em uma prova obtida ilicitamente, proferir uma sentença absolutória. Isso porque, quando o constituinte diz que é inadmissível a prova ilícita, deixa escrito que o Estado não pode apoiar-se nesse tipo de prova para lograr a condenação do acusado. Daí se tem que a vedação estampada na Constituição direcionada para o juiz é em relação à prolação de sentença condenatória com suporte em prova angariada com vício, nunca, porém, que, com suporte nela, seja profirada sentença absolutória.

Ademais, a forma como estão dispostos e disciplinados, na Constituição de 1988, os princípios da ampla defesa e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, reforça a aplicação dessa tese em nosso meio. Com efeito, no inciso LV do art. 5º da Constituição está previsto o princípio da ampla defesa que, em relação ao processo criminal, diz respeito apenas à defesa⁶⁸². Em consonância com o afirmado no item 5.1.5, supra, a norma jurídica em foco, enquanto trata da cláusula da ampla defesa na seara cível como garantia inerente ao autor e ao réu, pois fala em *litigantes*, no pertinente ao ambiente criminal, o preceito constitucional está direcionado tão somente ao acusado, uma vez que utiliza a expressão *acusados*. Ou seja, a ampla defesa no processo criminal está constitucionalmente assegurada apenas para o inculminado, permitindo que se diga que, em nosso sistema constitucional, enquanto a defesa do acusado é ampla, a do autor sofre limitações, sendo as principais as que se encontram plasmadas na categoria de direitos fundamentais.

A limitação mais evidente do direito de provar em relação ao autor no processo criminal, está exposta justamente no inciso seguinte, pois lá está dito que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (LVI do art. 5º da Constituição). A análise conjunta dos incisos LV e LVI, ambos do art. 5º da Constituição, leva à conclusão de que os seus comandos normativos, dentro da ideia de que os direitos fundamentais, no âmbito do processo criminal, expressam

⁶⁸⁰ *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 90.

⁶⁸¹ *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 91.

⁶⁸² Cf. item 5.1.5, supra.

limitações à persecução criminal do Estado, estão direcionados para regradar a atuação do Ministério Público, pois tanto a *ampla defesa do acusado* quanto a *inadmissibilidade das provas ilícitas* estão catalogadas dentre os direitos fundamentais como medidas de proteção ao direito de punir.

O que não se admite é que o juiz *condene* alguém tendo como base uma prova produzida ilicitamente. Contudo, quando serve para *inculpar*, ou seja, para *absolver* o acusado, nada impede que o juiz, em seu pronunciamento, dela faça uso. Se esse não for o entendimento, pode-se argumentar, de qualquer modo, que, ficando comprovada, com a prova produzida de forma ilícita, a inocência do acusado, seria o caso de o juiz, pelo menos, absolvê-lo alegando a insuficiência de provas para a condenação (art. 386, VII, do CPP)⁶⁸³. O que não pode é um juiz condenar o acusado, sabendo que ele é inocente, ainda que o conhecimento tenha como origem uma prova produzida evitada de vício.

Ada Pellegrini, Antonio Fernandes e Gomes Filho⁶⁸⁴ afirmam que a tese da admissibilidade da prova ilícita quando ela é produzida em benefício do acusado tem sido acolhida praticamente à unanimidade, com base no princípio da proporcionalidade, mediante a conclusão de que o direito de defesa deve preponderar no confronto com o direito de punir. Sem embargo disso, quando o acusado pratica uma ilegalidade para poder defender-se de modo amplo e efetivo no processo criminal, verifica-se o fenômeno da exclusão de ilicitude, com base no instituto da legítima defesa, daí por que, em verdade, não se há de falar propriamente em prova obtida de forma ilícita.

Não se tem conhecimento de precedente do Supremo Tribunal Federal acolhendo diretamente essa tese. Mas após o caso *Magri*, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que, embora a prova obtida por meio de gravação clandestina seja considerada, em tese, ilícita, uma vez que afronta o direito à intimidade, ela é válida quando feita como forma de defesa. Nesse caso, ela possui plena validade, pois, prevalece o direito fundamental de defender-se, no confronto com o direito à intimidade da outra pessoa. Isso se deu no julgamento do RE 212081/RO, caso em que, um dos interlocutores, diante da exigência do outro para que lhe fosse concedida propina, resolveu gravar, sem o conhecimento deste, as conversas entre os dois e, depois, apresentou-as como indício de que estava sendo acochado para cobrar o valor indevido.

O conteúdo das gravações, embora tenha servido para incriminar um dos interlocutores, somente foi aceito porque, em verdade, serviu para demonstrar a liceidade da conduta de quem efetuou a gravação clandestina. Esse fato foi o bastante para o Supremo Tribunal Federal admitir a prova, postura que vem sendo mantida.

Como se observa, o Supremo Tribunal Federal tem posição mais avançada do que aquela que propõe a admissibilidade da prova ilícita produzida em prol do acusado, pois, consoante o seu posicionamento, não apenas pode ser utilizada para a defesa do agente na fase do inquérito ou do processo judicial, como é idônea, também, para, eventualmente, incriminar outra pessoa, desde que produzida para servir como elemento de defesa.

Dentre as propostas das *10 Medidas contra a Corrupção*, sugeridas pelo Ministério Público Federal, constava essa cláusula de exclusão da ilicitude da prova, mediante a inclusão do inciso VIII ao § 2º do art. 157 do CPP, de modo a admitir a prova obtida por meio ilícito, desde que “necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena”. Caso esse dispositivo tivesse sido aprovado, não haveria de se discutir, por exemplo, quanto à admissibilidade na qualidade de prova dos diálogos mantidos entre o então juiz federal Sergio Moro e os Procuradores da República a respeito dos diversos processos oriundos da *Operação Lava Jato*, notadamente o que resultou em uma das condenações ao ex-presidente da República LULA, obtidos por meio de *hackers* e veiculadas pelo meio de comunicação *The Intercept Brasil*.

⁶⁸³ Conforme alteração da Lei nº 11.690, de 2008.

⁶⁸⁴ *As nulidades no processo penal*, p. 134-135.

5.1.8.2.4.2. Princípio da proporcionalidade ou *balancing test*

A Suprema Corte americana também agasalhou a cláusula de exceção à regra da *exclusionary rule* identificada como *balancing test*, que corresponde à versão adaptada do princípio da proporcionalidade, originado do sistema jurídico alemão. Para flexibilizar a rigidez da *exclusionary rule*, tem-se aceitado que o juiz, em cada caso concreto, faça a ponderação de valores assegurados pela Constituição, tendo em consideração a *intensidade e quantidade da violação ao direito fundamental* e o dano que poderá advir caso a prova não seja admitida. Na apreciação do caso *US v. Payner*, em pronunciamento feito no ano de 1980, a Suprema Corte americana assinalou que “*La exclusión de la prueba en cada caso de ilegalidad debe ser sopesada frente al considerable dano que pueda surgir de una aplicación indiscriminada de la regla de exclusión.*”⁶⁸⁵

O princípio da proporcionalidade foi construído na doutrina e jurisprudência alemãs, possuindo ampla aceitação no Direito europeu continental. Quanto ao tema da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que, na dogmática alemã, segue o regime das *Beweisverbote*, o Tribunal Constitucional Federal do referido país, em compasso com anotação de Costa Andrade⁶⁸⁶, adota, em sua linha argumentativa, duas vertentes, pondo, de um lado, o paradigma da preservação dos direitos da personalidade (direitos fundamentais) e, do outro, recorre ao princípio da proporcionalidade, a fim de fazer a *ponderação de interesses* e, com isso, conceber a legitimação da prova, sacrificando, assim, na hipótese, o bem jurídico do acusado. A proibição da valoração da prova adquirida de forma ilícita, sob a batuta do princípio da proporcionalidade, deve ser o resultado de apreciação judicial que tem de levar em consideração (1) o interesse concreto da persecução criminal, (2) a gravidade da lesão à norma, (3) o bem jurídico tutelado pela norma constitucional violada e (4) a carência de tutela do interesse lesado⁶⁸⁷.

Embora não se tenha encontrado registro de adoção dessa tese pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus 39052/SP, em acórdão lavrado, à unanimidade, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Arnaldo Esteves, diante da jurisprudência firmada na referida Corte, muito embora tenha ressaltado o seu ponto de vista pessoal, sustentou que, com “... base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na busca do bem jurídico maior a ser protegido no caso concreto, de acordo com a vontade do legislador constituinte”, deve ser valorada prova consistente em registros, em inquéritos e processos criminais sem sentença transitada em julgado, para fins de dosimetria da pena na sentença condenatória, à conta de circunstâncias judiciais.

Na apreciação do caso *Collor* pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello categoricamente refutou a aplicação, em nosso sistema, da teoria da proporcionalidade, cunhada pela doutrina e jurisprudência alemãs, ao fundamento de que o constituinte, ao estabelecer a cláusula da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita, não fez nenhuma consideração a esse respeito⁶⁸⁸. Em 2001, ao decidir o Habeas Corpus 80949/RJ, o Ministro Sepúlveda Pertence⁶⁸⁹, na qualidade de relator, asseverou:

Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer

⁶⁸⁵ HAIRABEDIÁN, *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 97. Em verdade, essa posição já havia sido defendida, em 1948, em voto do juiz Jackson, que entendia ser a ineficácia da prova dependente da gravidade da ofensa ao direito fundamental (*Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 97-98). No precedente colhido da Suprema Corte americana no exame do caso *Schmerber v. Califórnia*, aceitou-se como válida a prova oriunda “... de una extracción de sangre al acusado hecha sin orden judicial en virtud de la urgencia para evitar la eliminación de alcohol” (Ibid.)

⁶⁸⁶ Sobre as proibições de prova, p. 142.

⁶⁸⁷ ANDRADE, *Sobre as proibições de prova*, p. 143.

⁶⁸⁸ Cf. item 5.1.8.2.3, supra.

⁶⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: CABIMENTO. Data da decisão: 30/10/2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 7 jul. 2008.

custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade — à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira — para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.

Como se vê, o STF rechaçou a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de validar a admissibilidade de prova obtida por meio ilícito, ao fundamento de que o nosso sistema, diferentemente do que ocorre em outros, diante da forma como foi redigida a norma constitucional — inserida dentre os direitos fundamentais —, veda o uso da prova obtida por meio ilícito, não sendo o caso de se cogitar em fazer a ponderação entre os direitos fundamentais protegidos e que se atritam, uma vez que deve prevalecer, sempre, em detrimento da persecução criminal, a garantia da inadmissibilidade, estabelecida na Constituição.

Todavia, no mesmo ano, a matéria voltou a ser debatida no Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 79512/RJ, quando então, malgrado mantida a orientação da inaplicação da teoria da proporcionalidade, o pronunciamento, que também teve o Ministro Sepúlveda Pertence⁶⁹⁰ como relator, deu-se de forma mais comedida, porquanto se admitiu, ainda que excepcionalmente, a possibilidade de o princípio da proporcionalidade ser invocado pelo juiz. Eis a ementa daquele julgado:

(...) 2. Objeção de princípio — em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal — à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou — em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal — pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte — salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável — a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.

No caso, pretendia-se valorar, sob o pálio do princípio da proporcionalidade, a prova obtida com invasão de domicílio sem a prévia autorização judicial, o que não foi aceito. De toda sorte, a tese vitoriosa, além de não ter sido à unanimidade, ainda se mostrou mais restrita do que aquela constante do julgamento do Habeas Corpus 80949/RJ, decidido pela Primeira Turma. Isso porque, conquanto se tenha estabelecido que coube ao próprio constituinte proceder à *ponderação de valores* e, no caso, escolher a prevalência da inaceitabilidade das provas obtidas por meios ilícitos, ressaltou-se que essa regra pode ser flexibilizada *em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável*.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal admitiu que cabe ao juiz, mesmo que remotamente, aplicar a teoria da proporcionalidade e, assim, dar validade à prova que, em princípio, devido à ilicitude de sua obtenção, não tem validade, desde que a inobservância da regra formal que alberga direito fundamental tenha sido cometida *em caso extremo de necessidade inadiável e incontornável*, situação que deve ser considerada tendo em conta o caso concreto.

⁶⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PROVA: ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA OBTIDA MEDIANTE APREENSÃO DE DOCUMENTOS POR AGENTES FISCAIS, EM ESCRITÓRIOS DE EMPRESA — COMPREENDIDOS NO ALCANCE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO — E DE CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DAQUELA DERIVADAS: TESE SUBSTANCIALMENTE CORRETA, PREJUDICADA NO CASO, ENTRETANTO, PELA AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVA DE RESISTÊNCIA DOS ACUSADOS OU DE SEUS PREPOSTOS AO INGRESSO DOS FISCAIS NAS DEPENDÊNCIAS DA EMPRESA OU SEQUER DE PROTESTO IMEDIATO CONTRA A DILIGÊNCIA. Data da decisão: 16/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em 7 jul. 2008.

5.1.8.2.4.3. Boa-fé (*good faith*)

No sistema americano, ainda se afasta a aplicação das *exclusionary rules* tendo como suporte a boa-fé (*good faith*) dos agentes incumbidos de realizar os atos investigatórios. Esse tema é extremamente delicado, visto que trata de situação em que o agente, em razão de *erro de fato*, finda malferindo, com o seu agir, um direito fundamental; todavia, em virtude de sua boa-fé, tem-se por afastada a ilegalidade. Para exemplificar a situação, Hairabedián imagina caso em que a polícia, ao fazer a ronda de rotina, escuta gritos oriundos do interior de uma residência e, em razão disso, nela ingressa sem autorização judicial, porém lá verifica que, em verdade, está ocorrendo uma festa, não se tratando de pedido de socorro; mas, antes de se retirar, vê a ocorrência de um crime.

Essa tese foi acolhida pela Suprema Corte americana no *leading case* *US v. Leon*, em julgamento verificado no ano de 1984, no qual ficou assentado que deve ter-se por válida a prova obtida com violação a princípios constitucionais, desde que isso não tenha decorrido da intenção de quem procedeu à investigação, mas sim de erro ou ignorância, pois “*la Cuarta Enmienda no requiere la exclusión de prueba secuestrada de acuerdo com una orden aparentemente válida em la que la policia actuó de buena fe*”⁶⁹¹.

Naquele julgamento, os agentes policiais pediram ao juiz um mandado de busca de arma que estaria em poder de uma pessoa, porém, ao ser feita a diligência, ao contrário da coisa em razão da qual foi dada a autorização, encontrou-se droga. A Suprema Corte americana sublinhou que a *exclusionary rule* está prevista como forma de limitar a atuação policial na atividade investigatória, de modo a dissuadir a malferição dos direitos fundamentais por parte de seus agentes, razão pela qual não se impõe a sua aplicação, nos casos em que a atuação é feita com base em uma ordem dada tendo em consideração uma pressuposição fática, todavia, no momento da sua execução, descobre-se outro fato ilícito⁶⁹². Foi assim que se decidiu no caso *Arizona v. Evans*, em que os policiais, com base em uma informação errônea do sistema informatizado, procederam à busca de um veículo, na crença de que contra ele havia uma ordem de apreensão, vindo, em consequência, a descobrir a ocorrência de um crime⁶⁹³.

Em consonância com esse precedente firmado pela Suprema Corte, John Strong⁶⁹⁴ doutrina que, para a aplicação da exceção da boa-fé, faz-se mister que o procedimento adotado pela polícia seja objetivamente razoável, não se prestando, para tal fim, uma boa-fé subjetiva, sendo exigido, ainda, que o defeito da ordem ou da lei que ampara a ação não “... *es tan evidente que razonablemente un policia bien entrenado lo advertiria*”.

Essa orientação da Suprema Corte americana é bastante criticada por boa parte da doutrina, sob o argumento de que os *fins de dissuasão* devem ser dirigidos igualmente para o legislador e para o julgador⁶⁹⁵, como é a posição da jurisprudência brasileira, a exemplo dos questionamentos sobre as atuações dos membros do Ministério Público e do juiz, na chamada *Operação Lava Jato*.

De toda sorte, muitos tribunais estaduais estadunidenses, como as cortes de Nova Jersey e do Mississippi, possuem posição mais avançada do que a sustentada pela Suprema Corte americana, ao fundamento de que a razão de ser da exclusão da prova obtida por meio ilícito não se esgota na contenção do agir policial, na medida em que a sua essência tem em mira inibir a afronta aos direitos fundamentais em si, independentemente de quem seja o responsável, especialmente em se tratando de juiz, ao qual é confiada a missão de dar guarida a esse catálogo de direitos. Conforme consta em voto de três dos integrantes da Suprema Corte do Mississippi, “... *el principal error del caso 'Leon' es que la Corte Suprema falló em reconocer que la responsabilidad de los*

⁶⁹¹ HAIRABEDIÁN, *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 80.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ *Ibid.*, *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal* p. 81.

⁶⁹⁴ Apud HAIRABEDIÁN, *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 82.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 83.

*jueces en allanamientos incorrectamente ordenados 'sugiere una mayor necesidad de exclusión, no una menor' ”*⁶⁹⁶.

Hairabedián⁶⁹⁷ registra que, na Europa Continental, a teoria da boa-fé (*good faith*) não tem merecido adesão, trazendo, à guisa de exemplo, posicionamento de doutrinador alemão para quem a licitude ou ilicitude probatória não fica a depender da boa ou má-fé do funcionário encarregado da investigação.

No ordenamento jurídico brasileiro, assim como no alemão, essa doutrina da boa-fé, não está expressamente prevista em lei. Observe-se que, quando se trata de diligência a ser executada em *casa* – aí estando compreendida não apenas a residência ou domicílio no qual a pessoa vive só ou com a sua família, mas também os locais nos quais ela exerce atividade profissional (escritório) ou cultural (escolas, associações etc.), a autorização judicial, que supre a ausência de consentimento do *morador* e flexibiliza o direito fundamental da *inviolabilidade do domicílio*, formalizada por meio do mandado de busca e apreensão, deve indicar, expressamente, quais os objetos, coisas, documentos ou pessoas que podem ser recolhidos pela autoridade policial, sob pena de invalidade.

Naturalmente que, se a polícia, de posse de mandado de busca e apreensão, ao fazer a diligência em uma residência para outro fim, encontra drogas, essa diligência possui validade em nosso sistema, pois, na hipótese, como se trata de tráfico de entorpecentes, crime classificado sob a categoria de *permanente*, ocorre flagrante delito, daí por que, para esse fim, não seria necessária a autorização judicial para a invasão do domicílio. Seria surreal que, em caso assim, o agente policial tivesse de fazer vista grossa para o crime de tráfico.

O que se pode dizer é que, em qualquer que seja a hipótese, a despeito de o ingresso da polícia no local ter sido legitimado por mandado de busca e apreensão, no qual se encontra especificado o que deve ser objeto da diligência, sendo caso de flagrante delito, tem-se por válida a ação do agente do órgão de segurança no sentido de fazer a pronta intervenção. Imagine-se a situação em que, estando no interior de uma residência em cumprimento da determinação judicial para que seja apreendido determinado documento, o proprietário do imóvel, após discutir com o filho, vem a agredi-lo fisicamente ou mesmo a matá-lo. Lógico que, em casos tais, o agente policial não só pode, como deve mesmo atuar para fazer a prisão em flagrante, em que pese a autorização que lhe foi passada para entrar na casa tenha sido para outro fim.

Mas é até mesmo razoável aceitar a teoria da boa-fé em caso que não caracteriza flagrante delito, mas cuja prova vem a se apresentar fortuitamente perante o agente durante a diligência, a exemplo de quando se encontra, em um compartimento do local, o cadáver de uma pessoa.

Cenário diferente é aquele em que a autoridade policial, de posse de mandado de busca e apreensão de uma arma, na diligência, encontra um bilhete, que é prova do crime. Nesse caso, como o bilhete não é objeto do mandado de busca e apreensão, a validade dessa prova é no mínimo questionável. Para evitar que isso venha a ocorrer, os juízes, quando fazem a expedição do mandado de busca e apreensão, geralmente especificam um determinado objeto ou documento a ser arrecadado com a diligência, mas cuidam, por cautela, de colocar uma cláusula aberta de que sejam apreendidos objetos e documentos que tenham relação direta ou indireta com o ilícito em apuração. Essa previsão, que consta em alguns mandados de busca e apreensão, não malfere a cláusula constitucional que dá abrigo à inviolabilidade do domicílio, nem muito menos o que está disposto no art. 243 do Código de Processo Penal, pois ali, conquanto se exija a indicação, o mais precisamente possível, da casa e do nome do respectivo proprietário, em relação ao objeto da diligência, estabelece apenas que constem os fins da diligência.

Em um caso concreto, em diligência realizada por meio de operação destinada à investigação de desvio de recursos públicos mediante a contratação de funcionários *fantasmas*, que teria sido praticado por gestores da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, os agentes, de posse de mandado de busca e apreensão expedido pela autoridade judiciária, embora

⁶⁹⁶ Ibid.

⁶⁹⁷ HAIRABEDIÁN, *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 85.

não houvesse a referência ao ingresso nos gabinetes dos Deputados Estaduais, estenderam a atuação esses locais, suscitando questionamento quanto à validade da prova obtida. O mais correto, claro, seria os agentes encarregados da diligência terem solicitado ao juiz a menção expressa aos gabinetes, a fim de evitar discussão a respeito. Esse tipo de prática caracteriza o que no direito americano se denomina *fishing expedition*, forma de a autoridade policial burlar a necessidade de prévia autorização judicial.

Acrescente-se, no ponto, que o assunto fez parte da discussão encetada no julgamento do caso Collor. Com efeito, naquela oportunidade, discutiu-se, entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a validade da degravação dos dados da memória de computadores que foram apreendidos em uma das empresas de Paulo César Farias. O problema ali sublinhado foi de que os computadores não haviam sido apreendidos em diligência dos agentes policiais acobertados por mandado de busca e apreensão. Em verdade, os equipamentos de informática foram recolhidos por agentes fiscais, sob suspeita de que eles tinham sido importados sem o devido pagamento do Imposto de Importação, o que, em tese, no nosso ordenamento jurídico, caracteriza o crime de descaminho. Essas máquinas, posteriormente, foram encaminhadas pelos agentes fiscais para os policiais federais, o que foi o bastante para se entender que as provas derivadas da recuperação da memória dos equipamentos de informática eram ilícitas, posto que a autoridade policial, para dispor dos microcomputadores que estavam guardados em escritório profissional, teria de ter empreendido, antes, diligência no local com base em mandado de busca e apreensão.

Há registro da adoção pelo Supremo Tribunal Federal dessa teoria da boa-fé, ainda que não em sua essência. Com efeito, a Suprema Corte tem aplicado essa teoria quando, na interceptação telefônica, realizada com suporte em autorização judicial, é colhida informação sobre a prática de crime punido com detenção. Mesmo que a Lei nº 9.292, de 1996, restrinja a interceptação telefônica à hipótese de crime punido com reclusão, na eventualidade de haver crime de detenção conexo, o Supremo Tribunal Federal entende que, em virtude da boa-fé, os elementos de prova em relação a este também são válidos⁶⁹⁸. Abordando especificamente a questão referente aos *conhecimentos fortuitos*, Manuel Andrade salienta que a jurisprudência alemã é no sentido de que só podem ter validade aqueles que “... constituem a finalidade ou a atividade da associação criminosa”⁶⁹⁹.

Ressalte-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – tendo como *leading case* o HC 81.260/ES, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 19 de abril de 2002 – tem por válida a prova obtida a partir de decisão judicial oriunda de juiz incompetente, adotando, para tanto, a denominada *teoria do juízo aparente*⁷⁰⁰. A cláusula do juízo aparente nada mais é do que uma variável do princípio da boa-fé, pois parte do pressuposto que o juiz tenha dado a decisão no pressuposto de que ele era efetivamente competente.

Essa situação é muito comum em casos de corrupção no serviço público, em que a investigação se inicia no ambiente estadual, com diversas diligências determinadas pelo juiz de direito (quebra de sigilo telefônico, fiscal, bancário, buscas e apreensões etc.), mas no aprofundamento da apuração descobre-se o desvio de verbas repassadas pela União, com conseqüente declinação da competência para a justiça federal. Na hipótese, o que fazer com a prova produzida com respaldo em decisão nula? Para contornar essa *vexata quaestio*, o Supremo Tribunal Federal, a despeito do entendimento de que os atos decisórios praticados por juiz incompetente são nulos, firmou o entendimento de que a *teoria do juízo aparente* excepciona essa regra, a fim de ter-se por válida a prova inicialmente ilícita, quando evidenciado que o juiz atuou acreditando que

⁶⁹⁸ STF, AI 626.214-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2.a T., j. 21.09.2010. No mesmo sentido: HC 83.515, Rel. Min. NELSON JOBIM, julgamento em 16-9-2004, Plenário, DJ de 4-3-2005. Vide: HC 102.304, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgamento em 25-5-2010, Primeira Turma, DJE de 25-5-2011 (BRASIL. www.junior-dpj.blogspot.com.br/2011/09/stf-julgados-importantes-parte-ii. Acesso em 14 jan. 2013.)

⁶⁹⁹ ABDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra Editora, 1992, p. 308

⁷⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99619/RJ. Julgado em 14/02/2012. Disponível em www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 23 jul. 2018.

era competente para decidir a respeito.

Por fim, a inclusão no texto normativo da teoria da boa-fé como regra de exclusão da nulidade da prova obtida por meio ilícito foi uma das propostas apresentadas pelo Ministério Público para o aprimoramento do sistema normativo quanto ao tratamento para os crimes de corrupção e de base organizativa. Essas propostas do Ministério Público ficaram conhecidas como as *10 Medidas contra a corrupção*. Com a proposta, pretendia-se, expressamente, normatizar as teorias do *juízo aparente* a teoria da boa-fé em si, com dispositivos específicos.

De toda sorte, as redações sugeridas para a inclusão das duas teorias no inciso V ao § 2º do art. 157 do CPP, não guardavam fidelidade com a orientação jurisprudencial do STF. Com efeito, no inciso III do § 2º do art. 157 do CPP, pretendia ter-se por excluída a nulidade da prova, quando “o agente público houver(sse) obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada”. Conforme se observa, da forma como escrito, o dispositivo conferia margem à aplicação da boa-fé sob o enfoque *subjetivo*, o que tornava a exceção à nulidade porosa, na medida em que a boa-fé ou erro escusável era definida como “a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou (o agente) a crer que a diligência estava legalmente amparada”. A avaliação da boa-fé seria em consonância com a avaliação subjetiva do agente público, o que não é razoável.

De outra banda, quanto à teoria do *juízo aparente*, que se apoia na boa-fé, a proposta consistia na inclusão do inciso V ao § 2º do art. 157 do CPP, a fim de reconhecer a licitude da prova quando “derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé”. No âmbito criminal, para declarar uma nulidade, basta a identificação do *abuso de poder ou a ilegalidade ou má-fé*. Não se há de exigir que o abuso de poder seja *evidente* ou que a ilegalidade ou a má-fé seja *flagrante*, como constava da proposição normativa.

5.1.8.2.4.4. *Plain view doctrine* e os campos abertos

A *plain view doctrine* (doutrina da visão aberta), outra regra de exclusão da teoria dos frutos da árvore envenenada, reporta-se, especificamente, às buscas e apreensões realizadas em local protegido pela cláusula constitucional que veda a invasão do domicílio sem ordem judicial. Essa doutrina foi construída nos Estados Unidos porque lá, se a autoridade policial obtém autorização judicial para apreender documentos ou objetos relacionados a um crime, mesmo que seja encontrada, na diligência efetuada em cumprimento à ordem passada pelo juiz, uma grande quantidade de droga, em tese, tal fato não teria validade, pois a circunstância de tratar-se de crime permanente, o que caracteriza o flagrante delito, não inibe a necessidade de prévia ordem do órgão jurisdicional.

Essa teoria se aplica como uma forma de tornar, com base no princípio da razoabilidade, legítima a apreensão de elementos probatórios do fato investigado ou mesmo de outro crime, quando, a despeito de não se tratar da finalidade gizada no mandado de busca e apreensão, no momento da realização da diligência, o objeto ou documento é encontrado por se estar à *plena vista* do agente policial⁷⁰¹.

Notícia Hairabedián⁷⁰² que a teoria em foco tem sido acolhida em diversos pronunciamentos judiciais americanos, pois

... la jurisprudência de la Corte Suprema de los Estados Unidos há admitido la validez de las probanzas adquiridas durante um allanamiento, aunque los efectos no estén enumerados en la orden judicial respectiva, cuando en oportunidad de sua ejecución el funcionario tropieza por accidente con pruebas de um delito, o donde las encuentra a simple vista, ya que en tal caso no necesita desviar

⁷⁰¹ HAIRABEDIÁN. Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, 116-117.

⁷⁰² Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, p. 117.

la mirada e ignorar lo que evidentemente tiene frente a él.

O autor epígrafe faz menção, ainda, ao julgamento do caso *US v. Carty*, em que se conferiu validade à busca e apreensão de arma equipada com silenciador, encontrada na casa do acusado, muito embora o documento judicial a ela não fizesse referência

Há registro, porém, na jurisprudência americana, de decisões que invalidam a aplicação da tese da *plain view doctrine*, nos casos em que o agente policial (1) já tenha cumprido a diligência que consta do mandado judicial ou (2) faz revista em lugares em que claramente não estaria o documento ou objeto conforme a finalidade do mandado de busca e apreensão assinado pelo juiz⁷⁰³. Aqui, como se vê, a teoria tem bastante identidade com a da boa-fé objetiva, pois requer que a prova encontrada se dê involuntariamente, não tendo validade caso o agente policial, deliberadamente, tenha procurado encontrar algo mais além do que previsto no mandado de busca e apreensão.

Hairabedián relata que o Tribunal Supremo espanhol tem admitido a aplicação dessa tese, quando o que é encontrado pelo agente policial se trata de flagrante delito de outro crime, o que é aplicável em nosso meio, pois, como já foi dito, a regra constitucional que assegura a inviolabilidade do domicílio, de forma expressa, faz a ressalva em relação ao flagrante⁷⁰⁴.

Extremamente assemelhada à cláusula de exceção da *plain view doctrine* é a dos *campos abiertos*. Esta também foi construída no Direito judicial americano, a fim de dar validade à busca e apreensão de drogas que, muito embora feita em propriedade privada, ocorre em local ao ar livre. No nosso ordenamento jurídico, especialmente em se tratando de substâncias entorpecentes, não há necessidade de recorrer-se a essa teoria, pois, nessa situação, como já se disse, por se tratar de flagrante delito, não seria de mister a exigência de prévia autorização judicial, salvo se o agente policial tiver agido de má-fé.

O assunto pode despertar interesse quando, não se tratando de droga, o objeto ou documento esteja à vista, em um terreno baldio, não habitado. Parece razoável admitir-se, nesse caso, que seja feita a busca e apreensão, independentemente da expedição do mandado judicial, muito embora não seja recomendável que assim proceda a polícia, pois quando a apreensão do documento ou objeto assim ocorre, a prova quanto às circunstâncias em que se desenvolveu a diligência mostra-se fragilizada.

Essa cláusula pode ser invocada, ainda, como justificativa para a legalidade das gravações clandestinas feitas em vias públicas, muito embora essa hipótese esteja mais ligada ao que expõe a *teoria do risco*, que se apresenta, igualmente, como cláusula de exclusão da ilicitude da prova⁷⁰⁵.

5.1.8.2.4.5. Destruição da mentira do acusado

Outra exceção ao princípio da *exclusionary rule* é a teoria da *destruição da mentira do acusado*. Essa doutrina se aplica nos casos em que a prova é obtida sem a observância das formalidades estabelecidas e, por isso mesmo, ilícita, não é utilizada para provar a culpabilidade do acusado, mas sim para demonstrar que o autor do fato criminoso está mentindo. Essa teoria surgiu no julgamento do caso *Walder v. US*, verificado no ano de 1954. O acusado, ao ser perguntado, em seu interrogatório, se já tinha sido pego anteriormente com droga, respondeu negativamente, o que não era verdade, pois, tempos atrás, em uma operação considerada ilícita, a polícia havia apreendido, em sua casa, uma determinada quantidade de heroína. Argumentou-se que foi o próprio acusado quem “... *abrió la puerta al uso de la prueba ilícita*”, ademais de esta ser admissível quando se baste para rebater a declaração falsa prestada⁷⁰⁶.

⁷⁰³ HAIRABEDIÁN, *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 118.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 119

⁷⁰⁵ *cf.* item 5.1.8.2.4.6, que trata da teoria do risco.

⁷⁰⁶ HAIRABEDIÁN, *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 99. Em outro julgado significativo, argumentou a Suprema Corte americana: “Uma cosa es decir que el Estado no puede utilizar evidencia

Sem embargo de no julgamento ter ficado consignado que a prova obtida ilicitamente, em se tratando de declarações, não pode ser utilizada para fins de comprovação da culpabilidade, a exceção ao princípio da *exclusionary rule* somente é aceita em relação às afirmações do agente que praticou o crime, não sendo possível dela se fazer uso no desiderato de desacreditar testemunha, conforme decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *James v. Illinois*, em julgamento ocorrido no ano de 1990⁷⁰⁷. Estreitando, ainda mais, essa regra de exceção, a Alta Corte americana faz a distinção entre as declarações ou confissões obtidas sem as devidas formalidades legais, a exemplo daquelas que são tomadas sem a especificação dos *Miranda-rights*, da hipótese em que as informações são coligidas com base na força ou tortura, até porque, nesse caso, faltam confiança e segurança quanto ao que foi dito pela pessoa⁷⁰⁸.

Até certo ponto, o Supremo Tribunal Federal sufragou essa teoria no RE-Agr 402.035, em acórdão relatado pela Ministra Ellen Gracie. Naquela oportunidade, admitiu-se a validade da gravação clandestina feita por um dos interlocutores, dentre os outros argumentos, pela circunstância de destinar-se a fazer prova na hipótese de negativa do diálogo ou do conteúdo da conversa.

Poderia ser aplicada, por exemplo, nas gravações clandestinas que, quando são feitas para fins investigatórios, não estritamente como forma de defesa, são consideradas, inadmissíveis. Se viesse a ser adotada essa tese, as gravações clandestinas, notadamente as que são feitas pelos órgãos de imprensa, passariam a ter alguma serventia para a apuração de ilícitos. A adoção dessa teoria, porém, é uma decisão que contém forte componente de ordem política, pois a eventual acolhida a esse pensamento pode fomentar, ainda mais, esse procedimento indevido da imprensa.

Por fim, essa cláusula de exclusão da ilícita se mostra importante para os casos de gravação de som e imagem em operações policiais e de trânsito. No ponto, observe-se que o art. 277, §2º, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, com a redação determinada pela Lei nº 12.760, de 2012 (“A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.”), permite a documentação audiovisual da abordagem feitas aos motoristas, a fim de comprovar a condução de veículo com alteração da capacidade psicomotora.

No nosso entendimento, nesse caso, não há necessidade de prévia autorização judicial, pois defendemos ser aplicável na hipótese tanto a teoria do risco quanto a dos campos abertos. Isso sem falar que esse é mais um caso em que a autoridade policial, no exercício do dever de polícia, pode, independentemente de autorização judicial, flexibilizar direito fundamental, pois ela não está em atividade investigatória⁷⁰⁹. Mas, ainda assim, se o entendimento for de que é necessária a prévia decisão do juiz, autorizando a filmagem do motorista, poder-se-ia contornar o seu rigor, no escopo de, com base na teoria da destruição da mentira do acusado, admitir a gravação sem autorização judicial, apenas, para demonstrar que o acusado estaria mentindo.

5.1.8.2.4.6. Teoria do risco

Ainda merece menção a *teoria do risco*. Com ela se procura dar sustentação à validade de prova obtida mediante malferição ao direito à intimidade, com a utilização de escutas telefônicas, filmagens e fotografias clandestinas. O argumento é de que a pessoa que faz, espontaneamente,

obtenida ilegalmente', otra muy distinta es que el acusado torne el método ilegal `em su propia ventaja y se provea de un escudo contra las contradicciones de sus mentiras” (**Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**, p. 99-100).

⁷⁰⁷ HAIRABEDIÁN, **Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**, p. 100.

⁷⁰⁸ **Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**, p. 101. Assinala Strong, apud Hairabedián, que muitos tribunais de Estados americanos aceitam apenas limitadamente essa tese, enquanto outros a rechaçam, como é o caso da Corte de Oregon, que defende a ineficácia da prova obtida por meio ilícito, seja para condenar, seja para contradizer declarações falsas dadas pelo acusado. (**Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**, p. 102)

⁷⁰⁹ SILVA JÚNIOR, **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, itens 7.2.3.1.3 e 7.2.3.1.3.2.

revelações a respeito de sua participação em eventos ilícitos, assume o risco quanto à documentação do fato por outrem”⁷¹⁰. Essa doutrina parte da premissa de que quem faz a confissão ou revelações espontâneas de um delito a outrem, que não tem o dever legal de não contar o segredo, assume o risco de que o assunto esteja sendo registrado, sendo irrelevante a circunstância de um dos interlocutores não ter conhecimento concreto de que, no momento, estão sendo tiradas fotografias, procedidas escutas ou filmagens etc.

No caso do *gravador*, decidido em 1960, tendo em consideração que a palavra falada faz parte do direito geral de personalidade, o Tribunal Federal alemão firmou posição no sentido de que uma gravação, sem o conhecimento de um dos interlocutores, não se reveste de legalidade⁷¹¹. O Supremo Tribunal Federal segue o mesmo entendimento. Malgrado em um primeiro instante a nossa Suprema Corte tenha entendido que, embora aética, a gravação de conversa, por parte de um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, não gera a nulidade desse tipo de prova, posteriormente, passou a entender que a gravação ou filmagem clandestina com desiderato investigatório, mesmo realizada por um dos interlocutores ou por terceiros com o consentimento de um dos interlocutores, é contaminada por vício de ilicitude, uma vez que invade a esfera de intimidade, resguardada como direito fundamental no art. 5º, X, da Constituição⁷¹².

Já no caso *Magri* ficou estabelecido que a gravação clandestina, mesmo sendo realizada por um dos interlocutores, ofende o direito à intimidade, a não ser quando é feita para fins de defesa. Em verdade, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a seguinte posição, a respeito da prova clandestina: (a) viola o direito à intimidade, de modo que é inadmissível, quando realizada na qualidade de diligência investigatória; (b) porém, é admissível, desde que a gravação, feita por um dos interlocutores ou por alguém com o seu consentimento, como forma de defesa. De acordo com esse entendimento, a gravação de conversa feita por um dos interlocutores, ou por terceiro com a autorização de um dos interlocutores, conquanto represente violação ao art. 5º, X, da Carta Magna, quando feita como forma de defesa, tem a ilicitude afastada, devido a ação caracterizar exercício de legítima defesa (STF, RE 212081/RO, Primeira Turma, Relator Ministro Octavio Galloti).

A ementa do julgado, ocorrido em 5 de junho de 1997, assim ficou redigida: “Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal. HC 74.678, DJ de 15-8-97 e HC. 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma”⁷¹³.

Quanto à gravação de conversa telefônica, no mesmo ano, também à unanimidade, tendo como relator o Ministro Moreira Alves, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido em 10 de junho de 1997, assim se posicionou: “Habeas corpus! Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta — a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime —, é ela, por via de consequência, ilícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). ‘Habeas Corpus’ indeferido”⁷¹⁴.

Devido a essa posição do Supremo Tribunal Federal, as gravações ou filmagens clandestinas, feitas com a *finalidade investigatória*, despidas de autorização judicial, são provas ilícitas. Isso porque, como visto, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a

⁷¹⁰ **Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**, p. 102.

⁷¹¹ ANDRADE, **Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**, p. 141.

⁷¹² Com essa garantia constitucional, a pessoa não apenas tem o direito ao ressarcimento de danos decorrentes da violação de sua intimidade, como, ainda, no ambiente criminal, traz como consequência a nulidade da prova.

⁷¹³ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 7 fev. 2005.

⁷¹⁴ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 4 fev. 2005.

ilicitude da obtenção dessas provas sob essa forma somente resta afastada com base na legítima defesa. Infelizmente, com frequência cada vez mais acentuada, veem-se jornalistas, em atividade investigatória, munidos de câmeras ocultas para captar sons e imagens de condutas ilícitas.

Essa forma de atuação, também, contaminou as autoridades policiais, que passaram a se utilizar das gravações clandestinas de sons e imagens⁷¹⁵. Para realçar a imprestabilidade das provas angariadas sob essa forma com fins investigatórios, por meio da Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, o legislador cuidou de acrescentar ao art. 2º da Lei nº 9.034, de 1995, o inciso IV, para esclarecer que a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise somente podem ser feitos mediante circunstanciada autorização judicial.

Ressalte-se que a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, revogou a Lei nº 9.034, de 1995, sem previsão de norma com o conteúdo do então inciso IV do art. 2º, que fora incluído pela Lei nº 10.217, de 2011, exatamente com o escopo de normatizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada no sentido da necessidade de prévia autorização judicial para a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos. É evidente o lapso cometido na nova lei, pois, pelo expendido, resta claro que, nada obstante a omissão normativa, na hipótese de gravação de imagens e sons na atividade investigatória, consoante jurisprudência da Suprema Corte, imprescindível a prévia autorização judicial.

Nada obstante o que restou assentado, o Supremo Tribunal Federal avançou a respeito do tema, a ponto de estabelecer, como regra geral, a admissibilidade da gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, desde que ausente *causa legal de sigilo* ou *de reserva de conversação*, conforme restou consignado no julgamento do RE 402.717/PR, relatado pelo Ministro Cezar Peluso⁷¹⁶. Ponderou-se que a causa legal de sigilo ou de reserva de conversação tanto pode ser de ordem moral quanto jurídica, decorrente do dever explícito de sigilo, como é o caso do advogado e médico.

Considerou, assim, o relator que, salvo nas situações excepcionais em que se deve conferir prevalência à proteção da *intimidade* ou de outra garantia da *integridade moral da pessoa humana*, não é razoável restringir a validade de gravação clandestina, *cuja prova seja necessária à reconstituição processual da verdade*.

Na hipótese, conforme o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, não se enxerga diferença entre o depoimento testemunhal de alguém sobre conversa que teve com outrem e a revelação do conteúdo desse diálogo em razão da documentação por meio de gravação clandestina feita por um dos interlocutores.

Na apreciação do RE 583.938/RJ, o Supremo Tribunal, sob o regime de repercussão geral para fins de definição da matéria quanto à gravação ambiental clandestina, assim deixou consignada a ementa do acórdão⁷¹⁷:

ACÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

⁷¹⁵ O PL nº 4.209, de 2001, um dos sete projetos de lei que compõe a reforma do Código de Processo Penal, encaminhado ao Congresso Nacional no ano de 2001, ao dispor sobre o sigilo que deve imperar na investigação levada a efeito no inquérito policial, estabelece, no art. 20, § 1º, que “Durante a investigação, a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz tomarão as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua exposição aos meios de comunicação.” Note-se que, da forma como redigido o dispositivo, o investigado ou indiciado — que são os mais procurados pelas reportagens — ficarão protegidos contra a sua exposição aos meios de comunicação, ainda que isso se dê com fins meramente informativos. Nesse caso, a norma jurídica está dando prevalência à preservação da intimidade, em detrimento, até mesmo, do direito de a sociedade ser informada por meio de fotografias da imagem de pessoas que são apontadas como autoras de ilícitos.

⁷¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJe 13.01.2009.

⁷¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJe nº 237, p. 18.12.2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 mar. 2015.

No acórdão do RE 583.938/RJ o relator, Ministro Cezar Peluso faz importante distinção, ao destacar que, a par de não ser adequado generalizar a proibição do uso da gravação clandestina como prova, o que há de se verificar é se existe, ou não, justa causa para a divulgação de seu conteúdo. Em outro passo, com suporte no precedente estampado no RE-Agr 402.035, relatora Ministra Ellen Gracie, realçou a admissibilidade desse tipo de prova, notadamente quando se destina a fazer prova em caso de negativa do diálogo ou do conteúdo da conversa. Nessa concepção, a validade da prova clandestina se assemelha, em muito, cláusula de exclusão da ilicitude consubstanciada na *teoria da destruição da mentira do imputado*.

Os dois precedentes logo acima resolvem a situação em que, na hipótese de crime de base organizativa, um dos agentes, para fins de documentação da atividade ilícita e possível utilização no futuro como prova de suas afirmações, passara gravar, clandestinamente, as suas conversas com os demais integrantes. Não é raro o agente agir dessa forma com a intenção deliberada de usar como prova para fins de conferir credibilidade a eventual colaboração premiada. Sem embargo de a jurisprudência da Suprema Corte validar esse comportamento, ainda há um outro fundamento em prol da licitude da forma de captação da prova nesse caso. Ora, entendida a colaboração premiada como instituto integrante do princípio da ampla defesa, tese que é aqui defendida, não se há de negar a admissibilidade da gravação clandestina realizada nessa hipótese, pois, para todos os efeitos, ela foi realizada com a finalidade de ser utilizada como defesa.

De toda maneira, para bem compreender essa questão é preciso, para todos os efeitos, fazer-se a distinção entre gravação clandestina para fins investigatórios, que deve ser precedida de autorização judicial sob pena de ilicitude, daquela que é feita em locais públicos e privados como forma de dar segurança aos ambientes. Uma coisa é a autoridade policial sair, de posse de uma câmera, para fazer uma investigação criminal, com conseqüente monitoramento dos passos de uma determinada pessoa, e outra, substancialmente diferente, é a colocação de câmeras em vias públicas e prédios públicos e particulares, visando, com isso, exercer certa vigilância sobre o comportamento das pessoas nesses ambientes, adotando-se, aqui, em certa medida, a teoria do risco ou dos campos abertos.

Parece evidente que o registro feito por uma câmera de vigilância, esteja ela colocada em uma via pública ou em prédio público ou particular, não se confunde com as gravações feitas em procedimentos investigatórios conduzidos pela autoridade policial, por jornalistas ou por outras pessoas, sem a devida autorização judicial. Se não for feita essa distinção, também não seriam admitidas as gravações que são realizadas dos mais diversos crimes.

Em fevereiro de 2005, um caso ganhou grande repercussão na mídia nacional. As câmeras de vigilância de um supermercado exibiram as imagens que mostraram um juiz de direito do Ceará, na cidade de Sobral, literalmente executando um vigilante com quem discutira momentos antes de entrar no estabelecimento. Ao se apresentar, o juiz deu a versão de que a arma disparou sem querer, tese refutada diante da clareza das imagens. Esse forma de filmagem é plenamente válida, não podendo, naturalmente, ser confundida com a gravação clandestina de som ou imagem. Naturalmente que não se admite que, com os recursos tecnológicos, as câmeras instaladas nas vias públicas captem imagens no interior de ambientes fechados, como casas, escritórios etc., pois, nesse caso, ocorre afronta à vida privada.

Esse era o problema maior do dirigível utilizado, em certa época, pelos órgãos de segurança do Rio de Janeiro, que ficava monitorando as favelas, pois havia a captação de imagens do interior das casas dos moradores. Uma coisa é o próprio dono pôr, no interior de suas casas e estabelecimentos, câmeras para fazer as imagens, outra, totalmente diferente, é os órgãos de segurança colocarem, ainda que nas vias públicas, câmeras destinadas a captar imagens no interior de estabelecimentos e casas particulares. O que o poder público pode, sem nenhuma afronta ao direito à intimidade, é colocar, nas sedes dos seus prédios e nas vias públicas, câmeras para fazer as filmagens.

Note-se que, com muita frequência, nos roubos a agências bancárias, postos de combustível, supermercados e shoppings centers, a identificação dos autores do ilícito é feita com

base nas gravações das câmeras de vigilância.

Agora, com o maior número de câmeras instaladas em vias públicas, principalmente na maioria das capitais, tem-se registrado a diminuição de ocorrências delituosas e, cada vez mais, tem sido possível efetuar prisões em flagrante delito, conseguindo até mesmo, em alguns casos, abortar as ações criminosas. Já em 7 de março de 2005, o Jornal Nacional, veiculado pela Rede Globo de Televisão, noticiou que em algumas cidades ficavam agentes da polícia em frente às câmeras, examinando o comportamento das pessoas e, ao detectar alguma ação ilícita ou suspeita, imediatamente fazia contato com policiais que se encontravam nas imediações, a fim de que eles surpreendessem os autores das ações. As câmeras possuíam recursos que permitiam o seu pleno controle por quem estava no comando do monitoramento, fazendo a aproximação das imagens ou o giro de até 360°, permitindo ampla visualização dos locais. Na mesma matéria, foi exibida uma imagem que flagrava pessoas agindo nas praias do Rio de Janeiro, sendo efetuadas, devido a esse monitoramento, as prisões em flagrante.

A despeito dessas câmeras de vigilância, bem antes, no ano de 1997, certa vez, um cinegrafista amador flagrou uma *blitz* da polícia militar, realizada em via pública de São Paulo, na qual os agentes extorquiam as pessoas e usavam de excessiva violência nas abordagens. As filmagens flagraram um dos policiais de apelido *Rambo* matar um motorista, episódio que ficou conhecido nacionalmente com *Caso Favela Naval*⁷¹⁸. Não há ilicitude quanto à prova nesse caso, pois a filmagem não se deu como medida investigatória, mas sim em um flagrante feito por alguém que estava no momento em que o crime ocorreu.

O que diferencia uma situação da outra é que, mesmo que o cinegrafista tivesse saído à noite à procura de acontecimentos que poderiam lhe render um grande furo de reportagem, ele não estava fazendo, *sponte sua*, a investigação de um caso determinado.

Nesses casos de *filmagens fortuitas* feitas por cinegrafistas, desde que não se trate da captação de imagens no interior de casas ou estabelecimentos, cabe a aplicação da teoria do risco, que, a despeito de não ter sido expressamente incluída no art. 157 do CPP, não está afastada de ser utilizada como exceção à *exclusionary rules*. Esse entendimento se estende aos casos de *blitz* de trânsito, sendo pertinente, nesses casos, a aplicação tanto da teoria do risco quanto a dos campos abertos.

Outro ponto de destaque é o monitoramento de som e imagens no interior dos estabelecimentos prisionais. Há ou não necessidade de prévia autorização judicial? Isso depende. Pelo expandido, o poder público pode, sem nenhuma afronta ao direito à intimidade, colocar, nas sedes dos prédios públicos e nas vias públicas, câmeras para fazer as filmagens, com captação de som. Evidentemente, por mais razões ainda, a direção de um estabelecimento prisional, para fins de exercer maior fiscalização quanto ao cumprimento da pena, pode instalar equipamentos para a captação de som e imagens.

Aliás, em se tratando de estabelecimentos prisionais, notadamente os de segurança máxima, é imprescindível que câmeras de vigilância, com a captação não apenas de imagem, mas, igualmente, de som, sejam instaladas nas áreas comuns. Veja-se que, quando alguém, por sentença judicial transitada em julgado ou mesmo em razão de decretação de prisão processual, tem o seu direito de liberdade cerceado mediante o recolhimento a estabelecimento prisional, não apenas o direito de locomoção em si é afetado, mas outros direitos de certa forma a ele relacionados, como é o caso da comunicação com as pessoas.

Note-se que, sob certa ótica, o direito à intimidade, no que se refere à preservação do sigilo dos contatos mantidos entre as pessoas, representa a garantia da liberdade de comunicação privada. Dentro desse contexto, quem se encontra recolhido a estabelecimento prisional está sujeito a várias restrições quanto à sua liberdade de comunicação, dentre elas, de manter, nas áreas comuns, contatos com os companheiros de cárcere, podendo, assim, o contato ser monitorado eletronicamente, com captação de som e imagem.

Diferente tratamento é quanto ao contato do preso com visitantes, cônjuge, parentes ou

⁷¹⁸ Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Favela_Naval. Acesso em: 7 mar. 2022.

advogado. Conquanto a autoridade gestora de estabelecimento prisional possa, independentemente de autorização judicial, instalar, nas áreas comuns, equipamentos eletrônicos com capacidade para captar sons e imagens, caso queira proceder da mesma maneira nos ambientes destinados para que os presos recebam a visita de seus parentes e companheiras e mantenham contatos com os seus advogados, será necessário que, mediante pleito contendo as justificativas, possua prévia autorização judicial. É que, no caso, está em jogo, igualmente, o direito à intimidade de pessoas que não estão presas, ou seja, que não foram condenadas à prisão ou tiveram prisão preventiva decretada. Assim, em relação à gravação em estabelecimentos prisionais, podemos dizer: (1) especialmente nos de segurança máxima, nas áreas comuns, podem ser instaladas câmeras de vigilância com captação de som e imagem, não havendo, nesse caso, necessidade de autorização judicial; (2) em estabelecimentos prisionais, mesmo nos de segurança máxima, nos ambientes destinados para que os presos recebam a visita de seus parentes e companheiras e mantenham contato com os seus advogados, para a escuta ambiental ou monitoração eletrônica de som e imagem é necessária prévia autorização judicial, salvo expressa disposição legal em contrário, como é o caso dos presídios federais (art. 3º, §§ 2º e 3º da Lei nº 11.671, de 2008).

Quanto ao mais, em apertada síntese, temos as seguintes conclusões: (1) a gravação clandestina, mesmo feita por um dos interlocutores ou como seu consentimento, é ilegal, sendo excluída a sua ilicitude, porém, quando feita como forma de defesa; (2) a gravação clandestina, realizada para fins investigatórios, seja ela feita por agente de polícia, por jornalista ou por qualquer pessoa, somente é lícita caso haja autorização judicial; (3) a gravação de imagens e sons feita por câmeras de vigilância não se confunde com *gravação clandestina*, daí por que tem validade independentemente de autorização judicial; (4) a gravação de imagens e sons feita na via pública por jornalistas, cinegrafistas profissionais ou amadores ou por qualquer pessoa, quando realizada ao flagrar um ilícito, tem plena validade, pois, nesse caso, desde que levada a efeito sem a finalidade de investigar um caso específico; e (5) é admissível a gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, desde que ausente *causa legal de sigilo* ou de *reserva de conversação*.

5.1.8.2.5. Inutilização da prova por decisão judicial: momento da decisão

Esse dispositivo foi previsto para o § 3º do art. 157 tendo como premissa a circunstância do impedimento do juiz que tivesse contato com a prova ilícita, disciplinado no § 4º do mesmo dispositivo. Isso porque, proferida a decisão interlocutória de inadmissibilidade da prova, o juiz, para não tornar impedido aquele que iria substituí-lo em decorrência de seu impedimento, teria que determinar o seu desentranhamento dos autos.

Por conseguinte, tendo sido vetado o § 4º, essa determinação de inutilização, por decisão judicial, da prova declarada inadmissível, perdeu o seu sentido, que era o de evitar que o contato com ela ocasionasse o impedimento dos demais juízes. A respeito dessa questão, veja-se a explanação sobre o assunto, no item a seguir.

Ademais, para a efetiva aplicação do referido dispositivo, teria que ser proferida a decisão interlocutória, considerando a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito e, após a sua preclusão, o juiz deveria, por meio de outra decisão, determinar a sua inutilização, sendo facultado às partes acompanhar o incidente.

Aqui cabe a releitura do que foi exposto neste livro sobre a inadequação de o juiz, em decisão prévia, a não ser quando se trate de absolvição sumária, abordar a questão da ilicitude da prova, sendo pertinente deixar a discussão da matéria para o momento da sentença. Para não repetir a argumentação ali desenvolvida, remete-se o leitor para o item 5.1.7.3.1, supra.

5.1.8.2.6. Impedimento do juiz

Outra matéria enfrentada pelo Parlamento foi quanto à perda da competência subjetiva para o julgamento do processo pelo juiz que tivesse mantido contato com a prova produzida por meio ilícito. O Congresso nacional, ao aprovar a Lei nº 11.690, de 2008, estabeleceu que “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” (art. 157, § 4º). O Presidente da República, no entanto, sensível a argumentos em contrário, especialmente a nota técnica da Associação dos Juízes Federais do Brasil — AJUFE, vetou o dispositivo. Na primeira parte das razões do veto presidencial consta o seguinte: “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.”

Até porque, nos termos do texto sugerido, produzida a prova obtida por meio ilícito, ainda que o juiz, ao tomar conhecimento, não a admitisse no processo, mesmo assim ficaria impedido para o julgamento. O inconveniente, porém, não seria só esse. Nos colegiados seria pior ainda. Imagine-se a hipótese em que o juiz, de primeira instância, na sentença, admitisse a prova produzida por meio ilícito, mas o tribunal, ao julgar o recurso de apelação, reconhecesse a sua invalidade. Anulado o julgamento e determinada a devolução dos autos para fins de novo julgamento por outro juiz singular, se eventualmente interposto recurso da nova decisão, todos os membros do tribunal que tivessem participado do julgamento anterior, pelo fato de na apreciação do primeiro recurso de apelação terem tido contato com a prova tida como inválida, estariam impedidos. O razoável seria o legislador estabelecer que, anulada a sentença pelo tribunal sob o fundamento de ter sido embasada em prova produzida por meio ilícito, devolvidos os autos para novo julgamento, o juiz que proferiu a sentença anterior ficaria impedido de decidir o processo. Aliás, a despeito do silêncio do legislador é razoável sustentar-se que, nesses casos, o juiz do primeiro julgamento anulado fica impedido de proferir a nova sentença.

5.1.8.3. Prova pericial

A prova fundamental do processo é o exame de corpo de delito, que tecnicamente quer dizer o conjunto de vestígios produzidos pela conduta criminosa. Não se resume, como equivocadamente a nomenclatura sugere, ao exame necroscópico ou do corpo da vítima. Nessa toada, o art. 158 do CPP, corretamente, expõe que “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

A perícia, diante da evolução tecnológica, não tem se prestado, apenas, para certificar a materialidade do crime, mas, não raro, para determinar ou excluir a autoria. Está tratada pelo código como espécie de prova, cuja produção, *ex vi legis*, se faz necessária em todos os crimes que deixam vestígios materiais (*delicta facti permanentis*). Ela sempre serve, no processo penal, para comprovar a materialidade do crime, salvo, claro, quanto àqueles que não deixam vestígios (*delicta facti transeuntis*)⁷¹⁹.

Há discussão quanto a que tipo de prova é a pericial: (a) uns dizem que é meio de prova, assim como as outras espécies previstas no ordenamento jurídico; (b) para outros, é espécie de prova testemunhal, pois se trata do testemunho prestado em juízo por pessoa experta em um

⁷¹⁹ A inexistência do exame pericial, por si só, não obsta o recebimento da denúncia, desde que a materialidade esteja demonstrada por outras provas. Máxime quando ainda possível a realização do exame de corpo de delito. Cf. art. 564, III, alínea “b”, do CPP.

determinado assunto; (c) por fim, há quem entenda que é mais do que prova, na medida em que é uma análise técnica, elaborada por profissional especializado em um assunto específico.

Sem embargo da discussão, pelo menos na maioria dos sistemas jurídicos, assim como no nosso, a perícia é contemplada como uma das espécies de prova. De outro lado, em um sistema embasado no livre convencimento motivado do juiz, no qual não há hierarquia entre as provas, a perícia tem o mesmo peso das demais espécies probatórias, sendo possível ao juiz refutá-la, quando não concordar com as conclusões do perito. Cuida-se, assim, de prova no mesmo nível das demais⁷²⁰.

O laudo pericial elaborado pelo experto deve ter em consideração que o seu conteúdo há de ser entendido por quem é leigo no assunto, até porque é destinado não apenas ao juiz, mas, igualmente às partes. Como se observou, pelo princípio da comunhão da prova, os elementos probatórios não pertencem a um sujeito específico da relação processual, mas sim ao processo⁷²¹.

Naturalmente, se a perícia basicamente é feita em relação aos vestígios deixados com a prática do crime, ela é regida pelo *princípio da imediatidade*, devendo ser levada a efeito ainda na fase da investigação, sendo tomadas as cautelas para que esses elementos representativos da conduta criminosa não desapareçam ou sejam alterados.

Tendo em conta essa necessidade, o legislador, já na redação primária do CPP, quanto à dinâmica da investigação, estabeleceu como primeira providência a ser tomada pela autoridade policial, em relação aos crimes que deixam vestígios, “se possível e conveniente, dirigir-se ao local da infração, providenciado para que não se alterem o estado e a conservação das coisas, enquanto necessário (art. 6º, I, do CPP)”.

Além de o dispositivo não ser imperativo a respeito da proteção dos vestígios, a despeito da obviedade da razão pela qual necessário o comparecimento da autoridade policial ao local da ocorrência do crime, era muito comum, quando da chegada dos peritos, os próprios policiais terem sido os responsáveis pela alteração da cena criminosa, comprometendo a perícia⁷²².

Ademais, da forma como redigida a norma em epígrafe, havia uma falta de sintonia com o texto do art. 169 do CPP, pois ali estava dito que, para os fins da perícia no local do crime, “... a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos”, sendo acrescentado, no seu parágrafo único, a obrigatoriedade de os peritos registrarem, quando da elaboração do respectivo laudo, as alterações do estado das coisas, fazendo discussão, no relatório, quanto à alteração dessas alterações na dinâmica dos fatos.

Há de se lembrar que, diante da organização dos órgãos de segurança pública (art. 144, §§ 1º, 4º e 5º), invariavelmente, quem primeiro chega no local do crime é a policial militar, a incumbida de realizar o policiamento ostensivo e de preservação da ordem pública. Se alguém vê um crime sendo cometido ou mesmo identifica a ocorrência de um ilícito logo após a sua prática, não vai ligar para a polícia civil ou para o órgão pericial. Porém, a apuração do fato cabe à polícia federal ou à polícia civil, enquanto a realização da perícia cabe a outro órgão, o instituto de perícia ou criminalística⁷²³.

Por isso mesmo, a Lei nº 8.862, de 28 de março de 1994, fez pequeno acréscimo no inciso I do art. 6º do CPP, para esclarecer tratar-se de providência primeira e imprescindível da autoridade policial, “dirigir-se ao local, providenciado para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos”. Ser mais claro impossível, a despeito de, na prática, essa regra

⁷²⁰ Cf. item 5.1.8.1, supra. Embora se trate de prova, o que é elemento probatório nos autos é o laudo pericial elaborado. Isso quer dizer que o perito não é considerado testemunha, pois ele não é chamado para falar sobre fatos dos quais tomou conhecimento. Ele é chamado para instruir o processo, mediante esclarecimentos técnicos sobre fatos importantes para a solução da questão. O perito nomeado pelo juiz é uma espécie de assessor.

⁷²¹ Cf. item 5.1.8.1, supra.

⁷²² Sobre essa questão, merece referência a *Série Impunidade*, produzida pela Rede Globo em 4 (quatro) partes, publicado pelo canal Nova Polícia (Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=O_wpDFM_Uvs. Acesso em: 03 jun. 2021).

⁷²³ Se não todos, a maioria dos Estados possuem órgãos periciais com autonomia própria, distinta da polícia civil. Na polícia federal, o órgão pericial está incluído na estrutura organizacional do órgão policial, porém, possui autonomia na realização dos seus trabalhos.

basilar ser solenemente ignorada em nosso meio, diferentemente do que vemos em documentários sobre as investigações nos Estados Unidos da América, nos quais se observa que a primeira providência adotada é isolar o cenário criminoso com uma fita amarela, o que é fielmente retratado nos filmes.

Como se isso não fosse suficiente, na 3ª. edição deste livro salientou-se que a grande crítica era porque o legislador ainda não tinha tratado de incluir no Código de Processo Penal as regras pertinentes à cadeia de custódia das provas coletadas e à documentação das perícias. Na oportunidade, destacou-se que havia passado da hora de ser disciplinado o procedimento para manter e documentar a história cronológica dos vestígios coletados em locais ou em vítimas de crimes, com registro da posse e manuseio até o descarte, contendo: (a) identificação; (b) preservação; (c) descrição; (d) coleta conforme a característica e natureza; (e) acondicionamento de acordo com as características físicas, químicas e biológicas, com data, hora, local e nome do responsável pela coleta e acondicionamento; (f) transporte; (g) transferência da posse; (h) recebimento; (i) exame pericial; e (j) armazenamento e descarte. Acrescentou-se, ainda, a necessidade da criação de central de custódia em todo órgão pericial, com a finalidade de armazenar os vestígios com a adoção das regras acima.

Pontuou-se ainda que a Lei nº 12.654, de 2012, conquanto tenha cuidado da coleta de perfil genético, abordou apenas para fins de identificação criminal, havendo a necessidade de que esse tipo de prova fosse tratado no CPP quanto aos vestígios deixados quando da prática de crimes, salientando que, hodiernamente, o exame genético de vestígios deixados na cena do crime é a prova mais importante e eficiente na apuração criminal, notadamente quando se trata de crime de homicídio.

Pois bem, até que enfim, o legislador incluiu o disciplinamento da cadeia de custódia no Código de Processo Penal, o que foi feito por meio da Lei nº 13.964, de 2019. O *nomem juris* do capítulo que era *DO EXAME DO CORPO DE DELITO, E DAS PERÍCIAS EM GERAL*, passou a ser *DO EXAME DO CORPO DE DELITO, DA CADEIA DE CUSTÓDIA E DAS PERÍCIAS EM GERAL*. A regulamentação da cadeia de custódia foi feita com a introdução no CPP do art. 158-A ao art.158-F.

E o legislador foi detalhista. A *cadeia de custódia* foi conceituada normativa, sendo considerado como tal “... o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (art. 158-A).

Restou definido que o início da cadeia de custódia “... dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio” (art. 158-A, § 1º, do CPP), na medida em que elementos da conduta podem se encontrar em outros locais distintos do que ocorreu o crime, a exemplo de vestígios encontrados, por exemplo, no veículo utilizado para fuga ou mesmo nas roupas usadas pelo autor do delito, encontradas na sua residência ou outro local, sem falar na arma do crime.

Adequadamente, atribuiu a todo e qualquer agente público, quando reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção de prova pericial, a responsabilidade funcional em relação à adoção de medidas para a preservação do vestígio (art. 158-A, § 2º, do CPP). A fim de ser claro, para fins legais, *vestígio* foi reconhecido como “... todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal” (art. 158-A, § 3º, do CPP), o que compreende, como se vê, elementos que dizem respeito à coleta para exame de perfil genético.

O art. 158-B se encarregou de fixar as *etapas da cadeia de custódia* quanto ao rastreamento dos vestígios, definindo-as da seguinte forma:

(i) *reconhecimento*: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

(ii) *isolamento*: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

(iii) *fixação*: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

(iv) *coleta*: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza

(v) *acondicionamento*: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

(vi) *transporte*: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

(vii) *recebimento*: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

(viii) *processamento*: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

(ix) *armazenamento*: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

(x) *descarte*: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

A par de salientar que a coleta dos vestígios há de ser feita, preferencialmente, por perito oficial, que é quem deverá providenciar o envio para a *central de custódia* (art. 158-C, do CPP), mais uma vez, preocupado na preservação dos elementos probatórios que devem ser submetidos à perícia, restou preceituado, com foros de imperatividade, ser “... proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização” (art. 158-C, § 2º).

Certamente essa norma foi endereçada primacialmente para os casos de confronto da polícia com autores de crimes, em que se alega resistência por parte dos infratores, a justificar a ação violenta que, invariavelmente, resulta em mortes. Nos dias de hoje, devido às câmeras de vigilância e do uso disseminado de celulares, é muito comum filmagens mostrando policiais alterando as cenas de crimes, a fim de se escusar da responsabilidade penal com suporte na excluyente de criminalidade a título de estrito cumprimento de dever legal (art. 23, III, primeira parte, do CP)⁷²⁴.

O acondicionamento do vestígio deve ser feito em recipiente adequado à natureza do material encontrado e, para fins de garantia de sua inviolabilidade e idoneidade, devidamente selado com lacres e numeração de identificação individualizada (art. 158-D, caput e § 1º, do CPP).

O recipiente utilizado para o acondicionamento do vestígio deve ser eficiente não apenas para a individualização de cada elemento probatório, mas de modo que preserve as suas características, impedindo a contaminação e vazamento, com capacidade de resistência e espaço para registro de informes a respeito de seu conteúdo (art. 158-D, § 2º, do CPP). A preocupação quanto à contaminação e vazamento de vestígios é de especial importância, como se pode observar do documentário *Amanda Knox*⁷²⁵, em que houve a contaminação de um faca com o sangue armazenado, o que colocou Amanda Knox na cena do crime, prova com suporte na qual ela foi

⁷²⁴ A esse respeito, merece ser visto o documentário *Auto de resistência* (Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5QJUPanVCUo>. Acesso em: 9 fev. 2022)

⁷²⁵ **Amanda Knox**. Direção: Brian McGinn; Rod Blackhurst. Roteiro: Matthew Hamachek; Brian McGinn. Estados Unidos da América; Dinamarca. Distribuição: Netflix. 2016.. Cf., ainda, a respeito, o documentário **Making a murderer**. Direção Laura Ricardi/ Moira Demos. Estados Unidos da América. Distribuição: Netflix. 2015.

condenada pelo crime, sendo, posteriormente, descoberto o erro na perícia.

Tão fundamental quanto a coleta e armazenamento são os protocolos necessários para manter a integridade quando houver necessidade de manipulação dos vestígios, de modo a ser possível, ainda, identificar a pessoa que teve acesso ao material, razão pela qual o recipiente somente poderá ser aberto pelo perito que vai fazer a análise e, a cada rompimento do laque, “... deve se fazer constar da ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo laque utilizado (art. 158-D, §§ 3º e 4º, do CPP).

Por fim, foi determinado a todos os institutos de criminalista a criação de *central de custódia*, órgão apropriado para a guarda e o controle dos vestígios, devendo ser dotado de serviço de protocolo em local apropriado, seguro e com condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio, ademais de adequado para que seja realizada a conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, com a possibilidade de seleção, classificação e distribuição de matérias (art. 158-E, caput e § 1º, do CPP).

Se eventualmente a central de custódia não tiver espaço ou não for adequado para armazenar determinado material, a autoridade policial ou o juiz, a requerimento do diretor do instituto de criminalística, poderá determinar que o armazenamento seja feito em outro local.

5.1.8.3.1. Número de peritos

Pela redação originária do caput do art. 159 do Código de Processo Penal, a perícia podia ser feita por um único perito, desde que ele fosse oficial, ou seja, ocupante de cargo público de perito. Quando se tratasse de peritos não-oficiais, o § 1º do art. 159 do CPP era preemptório, no sentido de exigir que o laudo fosse elaborado por duas pessoas idôneas.

De qualquer forma, por meio da Súmula nº 361, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão”.

Porém, fixou-se o entendimento de que a exigência da feitura do laudo pericial por dois expertos se dava, apenas, quando fosse de autoria de perito não oficial. Coube à Lei nº 8.862, de 1994, modificar o caput do 159, para estabelecer que, mesmo quando elaborada por perito oficial, a perícia teria de ser obra conjunta de dois peritos.

Com a reforma, mais uma vez, o caput do art. 159 do CPP voltou a ser objeto da atenção do legislador. Agora para voltar à regra anterior, ou seja, em se tratando de perito oficial, basta que um proceda a sua elaboração.

À primeira vista, não se traz nada de novo, nem, em princípio, melhora ou piora, em relação à situação anterior. Talvez o legislador tenha sido movido pelo pragmatismo. O laudo elaborado por um único perito é mais rápido, menos burocrático, ademais de, na prática, via de regra, só um experto cuidar de sua feitura, limitando-se, o outro, apenas a colocar a sua assinatura no laudo. Por outro lado, não vai ser o número de peritos que confeccionou o laudo que irá dar mais ou menos credibilidade às conclusões.

Aparentemente, o legislador se preocupou mais com a qualidade do perito oficial e menos com a quantidade de assinaturas. A inovação está na circunstância de que, antes da lei 11.690, de 2008, a exigência de diploma de curso superior só estava encartada no § 1º do art. 159 do CPP, direcionada, portanto, para os peritos não oficiais.

Agora, mesmo sendo perito oficial, como requisito, se estabelece que ele seja portador de diploma de curso superior, ainda que não seja na especialidade do objeto da perícia. Quando não houver perito oficial, deverão ser nomeadas duas pessoas idôneas, porém, nesse caso, além da exigência de diploma de curso superior, recomenda-se que, de preferência, a qualificação seja em área específica relacionada com a natureza do exame.

O legislador deveria ter aproveitado a oportunidade para esclarecer que, tendo elaborado a perícia na fase do inquérito policial, não poderia, o mesmo perito, ser nomeado para a que fosse

determinada para o processo, como, aliás, assinala a jurisprudência.

5.1.8.3.2. Assistente técnico

Sem embargo de toda a importância da perícia, o seu momento de realização, de regra, ocorre ainda na fase pré-processual, durante a investigação levada a efeito no inquérito policial. Como se isso não bastasse, em consonância com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal como redigido o Código de Processo Penal, a figura do assistente pericial não era admissível, sequer na fase processual. As partes, assim, não tinham nem mesmo direito de contraditar, com maior qualidade, uma prova fundamental no processo penal.

Para sanar essa anomalia, a Lei nº 11.690, de 2008, inseriu um § 3º ao art. 159, a fim de, expressamente, facultar ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado, a elaboração de quesitos e a indicação de assistente técnico.

A medida é salutar, embora a redação esteja sobremaneira defeituosa. Na sugestão elaborada pela Comissão de Reforma, constava a possibilidade de elaboração de quesitos e a indicação de assistente técnico também pelo investigado, com isso querendo deixar claro que essa faculdade também seria reconhecida na fase investigatória pré-processual, aliás, onde, de regra, são feitas as perícias, as quais, mesmo quando possíveis de serem repetidas na fase do processo, diante do passar do tempo, não são mais com a mesma precisão⁷²⁶. De toda sorte, nada obstante a forma como foi aprovada a redação, não se pode deixar de reconhecer o direito à nomeação do assistente ainda na fase do inquérito policial. Até porque, em verdade, na maioria dos casos, a perícia é feita exatamente apenas na fase do inquérito. E essa perícia mais qualificada, diante da permissibilidade da nomeação de assistente, poderá ser fundamental para, até mesmo, o pedido de arquivamento da investigação criminal.

Ademais, fala-se em *assistente* e em *ofendido*. Ora, assistente é o *nomen juris* com o qual se identifica o ofendido que, por intermédio de advogado, se habilita nos autos para auxiliar o Ministério Público na persecução criminal, cuja intervenção é justificada, em nosso sistema, diante do interesse cível decorrente da sentença condenatória, que torna certa a obrigação de indenizar⁷²⁷. Assistente e ofendido, portanto, são as mesmas pessoas. Afora isso, o dispositivo fala em *querelante*, mas omite o *querelado*. Por óbvio que o *querelado*, igualmente, tem o direito de formular quesitos e de indicar assistente.

Não se apresenta adequado, ainda, sujeitar a atuação do assistente técnico da parte a sua admissão pelo juiz (§ 4º do art. 159 do CPP)⁷²⁸. Note-se que, se o Ministério Público tiver a pretensão de contraditar, na fase do processo, o laudo elaborado quando da investigação criminal, deverá, com a denúncia, trazer os elementos de prova a respeito, hipótese em que poderá fazer acompanhar a peça acusatória o parecer ou laudo de seu assistente. O mesmo se diga em relação à defesa, que poderá, e mesmo deverá, assim proceder com a resposta. Não tem sentido, nesses casos, a atuação do assistente ficar condicionada a sua admissão pelo juiz, até porque, conforme a nova disciplina do assistente técnico, introduzida no Código de Processo Civil, ele é auxiliar da parte que o contratou, não do Juízo.

Cabe observar que esse § 4º não foi sugerido pela Comissão de Reforma. Foi obra de modificação ao texto introduzida durante a discussão no Parlamento sobre o projeto de lei.

⁷²⁶ Rumoroso caso envolvendo o falecimento de uma criança, que teria sido jogada da janela do apartamento, em que aparecem como principais suspeitos o pai e a madrasta, a perícia realizada, inclusive com a reconstituição do crime, foi amplamente acompanhada por intermédio da mídia (televisão, jornal, rádio, internet etc.). O episódio serve para ilustrar quão importante é que a possibilidade de nomeação de assistente técnico se dê ainda na fase do inquérito.

⁷²⁷ Cf. item 5.1.9.9.1, *infra*, que trata do ressarcimento de danos como efeito da sentença condenatória.

⁷²⁸ O § 3º do art. 159 do CPP está assim redigido: “O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.” Outra impropriedade do texto em referência, é na parte que, ao falar em peritos oficiais, dá a entender que o laudo, mesmo nesse caso, teria de ser assinado por dois peritos, que era a regra anterior, quando no caput do referido dispositivo está dito que basta um experto.

Evidentemente o assistente técnico deveria ter sido concebido tal como ele está situado no novo Código de Processo Civil – em verdade, a partir alterações introduzidas pela Lei nº 8.444, de 1992, ao CPC de 1973 – em que passou a ser tido como um *auxiliar da parte* que o contratou e não um *auxiliar da justiça*, como é o caso do perito judicial.

Por fim, o desacerto do comando normativo encartado no mencionado § 4º do dispositivo em comento se revela, com igual intensidade, em sua segunda parte, ao definir o momento em que será admitida a atuação do assistente técnico. De acordo com a sua dicção normativa, a atuação do assistente só será possível depois da conclusão dos exames e consequente elaboração do laudo. Ora, em alguns casos, o trabalho do assistente somente será eficiente se ele puder, logo no início, participar dos trabalhos de perícia⁷²⁹.

Essa situação é minorada, em parte, diante da determinação de que, quando houver requerimento de uma das partes, o material com base no qual foi confeccionado o laudo pericial seja disponibilizado, a fim de permitir o seu exame pelos assistentes (§ 6º do art. 155 do CPP). Note-se que, independentemente de requerimento, é dever do perito conservar o material probatório que serviu de base à perícia independentemente de pedido nesse sentido das partes.

Isso mesmo, só quando for possível a conservação, o que não ocorre, por exemplo, quando se trata do corpo da vítima. O adequado, porém, é que se permita o acompanhamento, tanto na fase do processo como ainda na do inquérito policial, pelo assistente contratado pelo suspeito, indiciado ou acusado, quando da realização dos trabalhos do experto, principalmente nesses casos em que não é possível a conservação de todo o material probatório.

5.1.8.4. Ofendido

Uma das ideias centrais do conjunto de projetos de lei com os quais a Comissão de Reforma apresentou as suas propostas para a modificação radical do sistema criminal foi a alteração do tratamento dispensado à vítima⁷³⁰. Sob a nomenclatura *DO OFENDIDO*, o legislador teve em mira buscar maior *legitimidade* ao processo criminal, na medida em que estabeleceu normas que se preocupam em preservar uma pauta maior de interesses de quem sofre diretamente os efeitos da ação criminosa.

Os abolicionistas, na abordagem crítica à organização da justiça criminal sob o modelo *punitivo*, apontam como maior defeito a forma como as vítimas são (des)tratadas pelo sistema. Eles censuram, com veemência, a inexistência de espaço para a participação ativa das vítimas, as quais, em prol da *legitimação* do sistema, precisam assumir uma posição ativa no *processo* empregado para a solução do problema, a fim de *orientar* a atuação dos profissionais das agências estatais. Ao contrário, como salienta Huslman, não somente a polícia como também os órgãos jurisdicionais se dirigem menos pelos *desejos e reclamações* das pessoas que comunicaram a agressão de que foram vítimas do que *pelas exigências do procedimento legal que estão preparando*⁷³¹.

Por isso mesmo, ao invés de a vítima ser uma espécie de *guia* para as atividades das agências criminais, ou seja, órgãos policiais, do Ministério Público e judiciais, transforma-se e é tratada como uma espécie de testemunha *especial*. Ou seja, da posição de um dos principais atores

⁷²⁹ Caso que ainda hoje suscita discussões acirradas, e está catalogado como insolúvel, é o episódio da morte de Paulo César Farias, acusado de mentor da rede de corrupção que teria sido montada durante a presidência de Fernando Collor de Melo. Ele faleceu juntamente com a namorada, em um dos quartos de sua residência. Ambos foram mortos em razão de disparos de uma mesma arma de fogo. A dúvida é se teria sido duplo homicídio ou homicídio seguido de suicídio. Diante de uma sucessão de erros praticados durante a realização dos trabalhos, especialmente quanto à documentação de vários dados essenciais, o resultado da perícia foi extremamente impreciso, suscetível a uma série de críticas. A possibilidade de atuação de assistente técnico, especialmente de quem está, logo aos primeiros instantes, sendo apontado como suspeito, está inserido no contexto da ampla defesa, que abrange o direito à prova.

⁷³⁰ Cf. item 3.2.2.6, supra.

⁷³¹ HUSLMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, In: **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBC-Crim, 1997, p. 200.

do drama que é encenado no Judiciário, a quem, portanto, o funcionamento do sistema deve procurar conferir resposta com foros de legitimidade, passa a ser mais um *meio de prova*, dentre outros permitidos.

O pensamento abolicionista, a respeito de um processo criminal mais voltado aos interesses da vítima, não se direciona a dar-lhe satisfação tornando mais rigorosa a punição prevista para o agente que pratica a agressão, porém conferir-lhe maior apoio, por meio da "... compensação econômica (do Estado) quando isso for pertinente, um sistema de seguro simplificado, apoio simbólico em situações de luto e pesar, abrigos para onde levar as pessoas quando necessitarem de proteção, centros de apoio para mulheres espancadas, solução de conflitos quando isso for possível, e assim por diante."⁷³² Nos termos dessa orientação, a vítima deve ser amparada em escala de apoio proporcional ao grau da agressão sofrida, mudança radical das coisas tal como era na ideia original do CPP ou, para ficar com as palavras de Mathiesen, uma guinada no sistema em 180 graus, o que, há de convir-se, "... seria racional do ponto de vista das vítimas e, provavelmente, também, útil para superar a resistência ao desmantelamento do sistema atual"⁷³³.

Tendo em conta diretrizes traçadas em fóruns internacionais, o Brasil, com a edição da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, criou o sistema nacional de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas⁷³⁴. O programa de proteção à vítima compreende, além de medidas de segurança que podem consistir, até mesmo, em providências que importem na transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível ou a ajuda financeira mensal e apoio e assistência social, médica e psicológica. Com efeito, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.807, de 1999, o programa pode consistir em: (1) segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; (2) escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; (3) transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; (4) preservação da identidade, imagem e dados pessoais; (5) ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; (6) suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; (7) apoio e assistência social, médica e psicológica; (8) sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; (9) apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Com a Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, o legislador, orientado por essa doutrina, que consagra a *justiça restaurativa*, a despeito das garantias já previstas na Lei nº 9.807, de 1999, inseriu no Código de Processo Penal alguns dispositivos que têm em mira satisfazer algumas necessidades básicas do ofendido⁷³⁵. Embora ainda tratado como prova, o ofendido passa a ter o direito de ser comunicado dos atos processuais, referentes ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para a audiência, assim como da sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou reformem (art. 201, § 2º, do CPP).

Ou seja, o ofendido passa a ter uma maior participação no processo, com o direito de ser intimado daqueles atos processuais que podem mais de perto lhe interessar. Parece claro que é importante o ofendido saber se o acusado está, ou não, preso. Dependendo da espécie do crime praticado, isso é de vital importância, até para que o ofendido passe a adotar algumas normas de segurança⁷³⁶. Com a nova regra, toda vez que relaxar a prisão ou conceder a liberdade provisória,

⁷³² MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXXI: abolição, um sonho impossível?, In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBBCrim, 1997, p. 276.

⁷³³ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXXI: abolição, um sonho impossível?, p. 276.

⁷³⁴ A Lei em referência, seguindo a orientação da ONU, também dispõe sobre a proteção aos acusados.

⁷³⁵ O legislador dá preferência para a expressão ofendido.

⁷³⁶ Serve como exemplo os casos de agressão física entre casais. Geralmente, quando o marido agride a mulher, ainda faz a ameaça de novas agressões ou de morte, caso ela leve o fato a conhecimento da polícia. Tendo a mulher, mesmo assim, a altivez de fazer a devida comunicação, com a consequente prisão do marido, é de fundamental importância ela ser comunicada do alvará de soltura expedido.

havendo pessoa física como vítima direta da ação criminosa, deverá o juiz, na própria decisão, determinar que o oficial de justiça, além de cumprir o alvará de soltura, execute o mandado de intimação ao ofendido. As duas diligências devem ser feitas no mesmo dia, sob pena de ser frustrada a razão de ser da regra.

Lamenta-se que o legislador da primeira etapa da Reforma do Judiciário não tenha guardado a coerência sistêmica com o da segunda etapa, para estender esse direito de comunicação, igualmente, quanto às cautelares diversas da prisão. É claro que o ofendido precisa ser comunicado de eventual decisão judicial que concede e, especialmente da que revoga, qualquer medida cautelar de proteção, como a de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares⁷³⁷, de manter contato com a vítima⁷³⁸ e de determinação de recolhimento domiciliar no período noturno⁷³⁹ (art. 319, II, III e V, do CPP).

Por outro lado, não raro, o processo e o seu andamento são tão desconhecidos da vítima como para qualquer outra pessoa do grupo social. Não pode ser assim. As pessoas da família, amigos e vizinhos, com frequência, fazem indagações à vítima sobre o andamento do processo, ficando o ofendido, muitas vezes, constrangido por não saber de nada. Isso acontece, igualmente, com pessoas da família, quando, em razão do crime, o ofendido vem a falecer. A falta de conhecimento sobre o processo faz parecer que a família não está dando a devida atenção, em honra à memória do ofendido falecido, ao processo com a qual se busca a responsabilização do agente que praticou o crime. Por isso mesmo, teria sido melhor se o legislador tivesse ido mais longe, a ponto de determinar que, em caso de falecimento do ofendido, a comunicação deveria ser feita ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nessa ordem⁷⁴⁰.

A par disso, agora com a vinda a lume da segunda etapa da Reforma do Judiciário, operada com a aprovação da Lei nº 12.403, de 2011, compreende-se todo o alcance da disposição normativa que impõe a necessidade de intimação do ofendido das decisões que importam no ingresso ou na saída do acusado. É que, conforme a nova disciplina das medidas cautelares pessoais, o ofendido tem a capacidade de ser parte em processo cautelar incidental⁷⁴¹. Ou seja, o ofendido detém legitimidade para pedir a decretação de medida cautelar, seja ela detentiva ou diversa da prisão. E mais: dentre as cautelares diversas da prisão, contempladas na Lei nº 12.403, de 2011, seguindo a ideia de leis especiais com a Lei Maria da Penha e o Estatuto da Criança e do Adolescente, foram previstas medidas de caráter protetivo, no desiderato de preservar tanto à integridade física como psicológica do ofendido, que podem implicar na proibição de ofensor se aproximar ou manter contato com o ofendido, com a determinação, inclusive, para que deixe de residir no lar conjugal ou lugar de convivência.

Quanto ao aspecto social, no afã de atender a esse objetivo, que é próprio da *justiça restaurativa*, o legislador da primeira etapa da Reforma Tópica, com a edição da Lei nº 11.690, de 2008, deixou claro que o magistrado deverá, nos casos em que for sentida a necessidade, "... encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado." (art. 201, § 5º, do CPP).

No sentido de minorar os efeitos negativos do processo criminal, o legislador inseriu dentre os deveres processuais do magistrado a adoção das providências pertinentes à preservação da *intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido*, a fim de evitar a sua exposição perante os meios de comunicação (art. 201, § 6º, primeira parte, do CPP)⁷⁴². Para resguardar esses direitos fundamentais do ofendido, o juiz poderá, inclusive, "determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito..." (art. 201, § 6º, segunda parte, do CPP)

⁷³⁷ Cf. item 6.3.1.2, *infra*.

⁷³⁸ Cf. item 6.3.1.3, *infra*.

⁷³⁹ Cf. item 6.3.1.5, *infra*.

⁷⁴⁰ O Código de Processo Penal adota essa solução como regra geral, para as hipóteses em que o ofendido está falecido.

⁷⁴¹ A impropriedade é quanto ao reconhecimento do direito ao pedido de decretação de medida cautelar ter sido restringido ao processo cautelar incidental. Sobre esse assunto, cf. item 6.1.7.3, *infra*.

⁷⁴² Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 610-626.

Ainda tendo em conta a ideia restaurativa, o legislador, agora se fazendo valer da Lei nº 11.719, de 2008, em importante iniciativa, estabeleceu, como requisito essencial da sentença condenatória, a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, tendo em consideração os prejuízos causados ao ofendido (art. 387, IV, do CPP)⁷⁴³.

De qualquer sorte, todas essas normas relativas ao ofendido estão inseridas no Capítulo V do Título VII do Livro I, cuja rubrica é *DA PROVA*. O ofendido é tratado, portanto, como prova, como se *coisa* fosse, não como sujeito que tem interesse direto no processo⁷⁴⁴. Sendo tratado como prova, a despeito de todas as precauções para preservar ao máximo o ofendido, que já sofreu as consequências do crime e não pode, com o processo, ser ainda mais agredido nem a sua situação agravada⁷⁴⁵, persistiu a regra anterior no sentido de que o seu depoimento é obrigatório, de modo que, “Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade⁷⁴⁶.” (art. 201, § 1º).

Certamente tendo em consideração esses aspectos, conquanto na mesma Lei nº 11.690, de 2008, na esteira do sistema acusatório, tenha sido modificada a sistemática de inquirição das testemunhas, de modo que as partes, diretamente, devem formular as suas respectivas perguntas, cabendo ao juiz, apenas, no final, complementá-las sobre os pontos não esclarecidos, o mesmo não se deu em relação ao depoimento do ofendido. Tem-se, assim, que, em se tratando de depoimento do ofendido, que não é tecnicamente considerado testemunha, poder-se-ia adotar a mesma sistemática do interrogatório, de modo que as primeiras perguntas sejam feitas pelo juiz, competindo às partes, apenas, a complementação⁷⁴⁷. Essa providência se mostra importante em relação a certas situações, a fim de evitar uma exposição maior da vítima. Com efeito, sendo as indagações feitas primeiramente pelo juiz, as intervenções na sequência das partes, notadamente da defesa, já terão um certo padrão, reduzindo a possibilidade de situações de constrangimento, especialmente nos casos de crimes sexuais.

Sem embargo desse aspecto, há de se ter em mente que os processos psicológicos⁷⁴⁸ comprometem todo e qualquer depoimento, os quais se fazem sentir com mais intensidade quando se trata de depoimento prestado pela vítima, que não raro está acometida de emoções fortes e perturbadoras, originadas do estado de ira e mesmo do medo. Esses fatores comumente induzem os depoimentos da pessoa agredida a erro de percepção e a ilusões. Essa situação da vítima leva ao que se denomina *processo de acerto lógico*, em que o raciocínio se substitui à memória quanto ao fato criminoso. É natural que o instinto de defesa leve o acusado a alterar a verdade em relação a certas circunstâncias, seja para eliminar o entendimento de que tenha de alguma forma contribuído ou incentivado a prática do crime ou para agravar a situação do acusado. A experiência demonstra que os traumas advindos do crime, em alguns casos, contamina a vítima pelo desejo de vingança ou punição, de modo a idealizar a condenação do acusado como meta de vida. Em outras situações, comprometem determinados aspectos do depoimento, especialmente em relação ao cálculo do tempo ou da distância.

Por exemplo, o ofendido transportado no porta-malas de um veículo, diante dos momentos

⁷⁴³ A fim de dar coerência sistêmica, com a mesma Lei, providenciou-se o acréscimo de parágrafo único ao art. 63 do CPP, para dispor que “Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.” Esse assunto será tratado no item 5.1.9.9.1, infra.

⁷⁴⁴ A rubrica do Capítulo V foi melhorada. Na redação anterior, era *DAS PERGUNTAS AO OFENDIDO*, sendo, agora, *DO OFENDIDO*. Ali, se privilegiava, apenas, a prova, não a pessoa do ofendido. Agora, com a nova nomenclatura, parece haver uma maior preocupação com a pessoa do ofendido.

⁷⁴⁵ Nesse sentido, o art. 201, § 4º, do CPP: “Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.” Mais adiante, no art. 217, caput, do CPP, está garantido que “Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.” A esse respeito, cf. item 5.1.8.5.3, infra, que trata do depoimento por videoconferência.

⁷⁴⁶ Ou seja, ao juiz ou ao delegado de polícia.

⁷⁴⁷ Cf. itens 5.1.5.1.1, supra, e 5.1.8.5 e 5.1.8.5.1, infra.

⁷⁴⁸ No item seguinte, os fatores que interferem no depoimento também serão explorados.

de angústia que parecem intermináveis, tem a propensão de pensar que ficou aprisionado por vários minutos ou horas e que a distância percorrida tenha sido bem superior à real.

Por fim, cabe ressaltar que, seguindo a diretriz da Constituição de 1988, a tendência é redirecionar o Código de Processo Penal, no sentido de ser conferido ao ofendido a condição de efetivo sujeito de direitos. Observe-se que o art. 271 do Código de Processo Penal, especialmente em razão da Lei nº 12.403, de 2011, precisa ser revisto, pois a participação do ofendido no processo criminal sob a *nomem juris* de *assistente* foi ampliada, de modo que lhe é autorizado por lei pedir a decretação até mesmo de qualquer tipo de medida cautelar, seja detentiva ou não, conforme exposto no item 6.1.7.3, *infra*.

Para além disso, na esteira desse entendimento de que a vítima há de ser compreendida como sujeito processual, a Lei nº 14.245, de 22 de dezembro de 2021, acrescentou ao Código de Processo Penal os arts 400-A e 474-A, no desiderato de determinar a todos o dever de respeitar e zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, competindo ao juiz fiscalizar o cumprimento da regra.

5.1.8.5. Testemunha

No ambiente criminal, mesmo quando se trata de crime em que não há, propriamente, discussão quanto à autoria, mas apenas de aspectos normativos, ainda assim, sempre há aspectos fáticos a serem explorados por meio da prova testemunhal. Sem embargo da necessidade de depoimento sobre circunstâncias que são importantes para a melhor compreensão e definição do tipo de crime praticado, via de regra, o testemunho⁷⁴⁹ se presta para auxiliar na dosimetria e individualização da pena, especialmente quanto às circunstâncias judiciais estampadas no caput do art. 59 do Código Penal e, ademais, para os fins dos incisos do mesmo dispositivo legal.

Por isso mesmo, embora não seja imprescindível, no processo criminal, sempre e sempre, há a produção de prova testemunhal.

Em nosso sistema, por definição, testemunha é a pessoa desinteressada que, indicada por uma das partes ou de ofício pelo juiz —, comparece a Juízo para, perante o magistrado, depor o que tem ciência sobre o fato debatido no processo. Assim, enquanto em outros ordenamentos, como o americano, o acusado, quando aceita depor, comparece a Juízo na qualidade de testemunha, recebendo o mesmo tratamento, no nosso o acusado, assim como a vítima, não é testemunha, razão pela qual o tratamento e a forma de ser colhido o depoimento é diferente⁷⁵⁰.

Testemunha, repita-se, é uma terceira pessoa⁷⁵¹, distinta do agente que praticou o crime e da que é apontada como a vítima. Isso é para assegurar a imparcialidade do testemunho. De toda sorte, a literatura jurídica aponta que o testemunho é permeado por uma série de vícios, que contaminam a sua credibilidade. A despeito da intenção em falsear a verdade, a ruindade ou malignidade, o testemunho contém probabilidade de distorção acentuada, mesmo quando a intenção da pessoa é de dizer a verdade. Isso porque a essência do testemunho, que é a memória sobre o fato ocorrido no passado, é formado por um processo que se inicia com a apreensão dos fatos pelos sentidos, gerando os estímulos que são conduzidos para os centros cerebrais, daí advindo as sensações que concebem as percepções.

Em verdade, a *percepção* é o conteúdo puro do testemunho, ou seja, é o resultado do processo mental que passa pelas fases de (i) *aquisição*, (ii) *interpretação*, (iii) *seleção* e (iv) *organização das informações sensoriais*. Essas fases que se desenvolvem na mente da testemunha geram a percepção, que se materializa por meio do *depoimento ou testemunho*, que é a *prova*

⁷⁴⁹ São características do testemunho: (a) judicialidade, em rigor, só é prova testemunhal o depoimento prestado em Juízo; (b) oralidade (art. 204, caput e parágrafo único, do CPP); (c) objetividade (art. 213 do CPP), deve cingir-se aos fatos, sem externar qualquer juízo de valor (*testis nom est iudicare*); (d) retrospectividade, o depoimento é sobre fatos pretéritos.

⁷⁵⁰ Cf. itens 5.1.5.11 e 5.1.8.4, *supra*.

⁷⁵¹ Em atenção ao princípio da verdade real, toda e qualquer pessoa tem capacidade para testemunhar, inclusive os menores, os insanos, enfermos etc. (art. 202 do CPP).

produzida na instrução processual.

Esse processo mental de formação do *depoimento ou testemunho*, sofrem diversas interferências, dentre os quais se destacam: (a) a maior ou menor duração dos estímulos; (b) o maior ou menor grau de iluminação; (c) o silêncio ou barulho; (d) a falta de atenção ou a atenção à espera de um acontecimento determinado; (e) o desvio da associação de ideias do seu curso normal; (f) a imaginação; (g) a emoção; (h) as ilusões; (i) as alucinações; (j) a perturbação da memória; (k) a falta de interesse; (l) a paixão; (m) a paranoia; (n) a imbecilidade; (o) a histeria; (p) a melancolia; (q) o tempo; (r) o modo como percebeu o evento; (s) a forma como a memória conservou o evento; (t) o modo como é capaz de prestar o testemunho; (u) a maneira como quer se expressar; e (v) a falta e interesse.

Ademais, o fenômeno psicológico do testemunho tem o aspecto *subjetivo*, que é a capacidade psicológica do indivíduo para testemunha, e o *objetivo* que é a propriedade do objeto ou do fato a ser *recordado*, que diz respeito à *memorabilidade*, ou seja, a capacidade do objeto para se fazer recordar com exatidão. A conjunção desses fatores levam à conclusão de que a percepção não passa de uma *análise parcial* de uma determinada situação, em relação à qual se acentua um aspecto em detrimento de outros, até porque, como se depreende, há um certo *coeficiente pessoal* tanto na *percepção* quanto na evocação *mnemônica* (associação daquilo que deve ser memorizado com dados da experiência já conhecidos ou vividos. Por conseguinte, não há nada mais errado do que se supor ou desejar que o depoimento da testemunha uma *fotografia do crime*.

Diante desses aspectos, muitas vezes, em razão da *fidelidade* quanto ao que está na memória, o depoimento é sem lógica, contraditório e, por isso mesmo, considerado pouco fiel, justamente porque se julga que a testemunha não se recorda bem ou não foi sincera. Em outras situação, o testemunho é retilíneo, seguro, bem explicado, com desenvolvimento coerente e detalhado dos fatos, todavia, é falso, pois adredemente preparado na tentativa de convencer o julgador. De outra banda, os diversos fatores que interferem no depoimento, notadamente devido aos aspectos pessoais, explica a razão pela qual um mesmo fato, assistido por duas pessoas que estavam próximas no momento da ocorrência do episódio, pode ser relatado com conteúdos diferentes, muito embora ambas tenham sido *verdadeiras* nos depoimentos prestados perante o magistrado. Até porque, dependendo das condições pessoais da testemunha, ela tem a tendência de aumentar ou diminuir números, se impressionar ou ficar impactada, ou não, com uma cena de sangue etc. Isso sem falar que a *testemunha-multidão* observa, interpreta e reage de maneira diferente da *testemunha-indivíduo*.

Cabe lembrar, ainda, que as provas de um processo não são como as peças de um *jogo de quebra cabeça*, especialmente quando se trata da chamada prova oral. Embora as provas sirvam para revelar a cena criminosa, elas não são peças perfeitas e acabadas, confeccionadas por meio de figuras fragmentadas para formar uma imagem.

Por isso mesmo, pejorativamente, há o dogma em atribuir à figura da testemunha a qualificação de *prostituta das provas*. Dellepiane⁷⁵² chega a afirmar que a percepção é uma *alucinação verdadeira*, de modo que "... a história e conseqüentemente os casos judiciais, são uma ficção, uma fantasia ou novela verdadeiras, em cuja composição ou elaboração desempenha um grande papel a imaginação inventiva".

A despeito desses aspecto, em muitos casos há certa imprecisão na definição de quem é testemunha. Exemplo: em um crime de roubo a agência bancária, praticado por vários agentes, em que não apenas os funcionários, mas também os clientes são ameaçados por meio do emprego de arma de fogo, tecnicamente, todos são vítimas. Todavia, não raro, quando essas pessoas são chamadas para depor, especialmente os clientes que não sofreram violência ou ameaça mais direta, os depoimentos são colhidos na qualidade de testemunhas. Certamente, é até recomendável que assim seja, pois, no caso, prestam o compromisso de dizer a verdade. De qualquer sorte, é necessário que o juiz leve essa circunstância em consideração, a fim de identificar se o trauma ou

⁷⁵² Nova teoria da prova, p. 34

eventual sentimento de repulsa pelo ocorrido de quem se viu ameaçado ou, em certa medida, sofreu com a violência empregada, não teve o condão de influenciar no depoimento.

Observe-se que há o dever jurídico de depor (art. 206, primeira parte, do CPP), de modo que o não comparecimento sujeita a testemunha às seguintes sanções: (a) condução coercitiva; (b) aplicação da multa prevista no arts. 219 e 458⁷⁵³ c/c o 436, § 2º, do CPP; (c) responsabilização pelo crime de desobediência; e (d) pagamento das custas da diligência (arts. 218 e 219 do CPP)⁷⁵⁴. Sendo a audiência una, o não comparecimento de alguma das testemunhas poderá ocasionar o seu adiamento, com sério prejuízo para a celeridade do processo e para as demais pessoas, inclusive das outras testemunhas, que deixaram os seus afazeres para comparecer a Juízo.

Como já foi aqui salientado, seguindo a experiência dos juizados especiais, de acordo com a Lei nº 11.719, de 2008, não há mais necessidade de que as testemunhas sejam intimadas por mandado judicial⁷⁵⁵. Cabe às partes providenciar a intimação. Apenas quando a parte que a arrolou, o Ministério Público ou a defesa, demonstrar a necessidade da intimação judicial, é que será providenciado o mandado. Nada obstante a nossa posição, o entendimento firmado quanto às testemunhas indicadas pelo Ministério Público é de que, à míngua de dispositivo expreso, a intimação tem de ser judicial, ao contrário do que ocorre em relação à defesa, em razão do disposto no art. 396-A, parte final, do CPP, que exige, no caso de requerimento para que a convocação seja feita pelo Judiciário, a demonstração da necessidade.

Naturalmente que o requerimento há de ser feito com tempo hábil para que seja providenciada a intimação pelo Judiciário, sem prejudicar a realização da audiência já marcada. Todavia, a lei não cuidou de estabelecer a antecedência mínima do requerimento. De qualquer modo, deve-se entender que, se o motivo preceder ao oferecimento da ação penal ou da resposta, o momento para o Ministério Público é quando do ajuizamento daquela, enquanto o da defesa da apresentação desta. Porém, será muito difícil, de antemão, já se saber que a testemunha indicada não se dispõe a comparecer. Se posterior, que é o que ocorre na maioria das vezes, por analogia, deve-se aplicar o prazo do art. 159, I, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 11.690, de 2008. Assim, nesse caso, o requerimento para que o Judiciário providencie a intimação deve ser ofertado com *antecedência mínima de 10 (dez) dias*.

Como a parte saberá se haverá, ou não, a necessidade de pedir a intimação judicial? Basta que, quando a parte providenciar a intimação da testemunha, que poderá, inclusive, ser mediante a expedição de carta, estabelecer prazo para que ela entre em contato, confirmando que irá comparecer⁷⁵⁶. Nessa comunicação feita pela parte à testemunha, deve ser colocada no texto do documento, a advertência das sanções previstas nos arts. 218 e 219 do Código de Processo Penal, quais sejam: (a) condução coercitiva; (b) aplicação da multa prevista no art. 436, § 2º, c/c os arts. 219⁷⁵⁷ e 458, ambos também do CPP; (c) responder pelo crime de desobediência; e (d) pagamento das custas e diligências.

5.1.8.5.1. Sistema do *cross examination* ou das perguntas diretas

De acordo com a redação originária do art. 212, primeira parte, do Código de Processo

⁷⁵³ O art. 219 do CPP manda aplicar a pena de multa prevista no art. 453 do mesmo Diploma Legal. Com a Lei nº 11.689, de 2008, o conteúdo do art. 453 foi para o art. 458, todos do CPP.

⁷⁵⁴ O art. 206, segunda parte, do CPP, trata das pessoas dispensadas de prestar testemunho, enquanto o art. 207, primeira parte, do CPP, das que estão proibidas de depor.

⁷⁵⁵ Cf. itens 5.1.1.2 e 5.1.5.1, supra.

⁷⁵⁶ O Ministério Público pode adotar o sistema de fazer a intimação por carta, pedindo para que a testemunha, até 15 ou 20 dias antes da audiência, entre em contato com a instituição. Diante do silêncio, está justificada a necessidade de que a intimação se faça pela via judicial. O mesmo se diga em relação à defesa. Nesse caso, geralmente, a pessoa é conhecida do acusado. Se a testemunha disser que não vai comparecer ou se ela não for localizada, igualmente, está caracterizada a justificativa para o requerimento de intimação. Pode-se colocar no documento de intimação o número do telefone ou do fax ou mesmo o endereço eletrônico, para fins de contato da testemunha.

⁷⁵⁷ A redação do art. 219 do CPP é a da Lei nº 6.416, de 1977. Portanto, antes da Reforma Tópica. O que dispunha o art. 453 do CPP agora é objeto do art. 458, conforme redação determinada pela Lei nº 11.689, de 2008.

Penal, “As perguntas das partes serão formuladas ao juiz, que as formulará à testemunha...”⁷⁵⁸ Era o chamado sistema presidencial, próprio de um ordenamento jurídico de modelo misto, no qual o juiz, quanto à produção da prova testemunhal, assumia a posição das partes na inquirição, cabendo-lhe o papel de inquiridor. Diante disso, ainda que lhes fosse ofertada a possibilidade de fazer perguntas, as partes não podiam fazê-las diretamente à testemunha. Tinham de endereçá-las ao juiz, o qual cuidava de reperguntá-las à pessoa inquirida.

Como se não bastasse, era da alçada do juiz ser o primeiro a fazer as perguntas às testemunhas. Às partes, era destinada uma função complementar, ou seja, após as perguntas feitas pelo juiz, poderiam formulá-las, para que o magistrado as repassasse à testemunha, desde que não importassem em repetição das que já tinham sido feitas. Assim, dependendo da situação, não era raro que a parte não tivesse uma única pergunta a fazer, uma vez que o juiz tivesse exaurido as perguntas que deveriam ser formuladas.

Era, como se nota, um sistema, no mínimo, burocrático e, por isso mesmo, moroso. Muitos juízes, para imprimir mais celeridade à audiência, permitiam que as partes fizessem as perguntas diretamente às testemunhas.

A Lei nº 11.690, de 2008, coerentemente, modificou essa regra. Como consequência do modelo acusatório, adotou o sistema do *cross examination* do Direito americano, no qual é direito da defesa contraditar as testemunhas, por meio de perguntas feitas diretamente. A par disso, eliminou a figura do juiz inquiridor, e colocou as partes como as protagonistas da inquirição. Doravante, “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha...” (art. 212, caput, primeira parte, do CPP, com a redação da Lei nº 11.690, de 2008). Em princípio, cabe às próprias partes produzir e explorar a prova testemunhal, reservando-se ao juiz a direção da audiência, a fim de vetar as perguntas que “... *puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.*” (art. 212, caput, segunda parte, do CPP, com a redação da Lei nº 11.690, de 2008).

No equilíbrio necessário de um sistema acusatório permeado pelo *princípio da verdade material*, que impõe certo impulso oficial do magistrado no que pertine à produção da prova, no parágrafo único do dispositivo em foco, de forma suficientemente clara, o legislador esclareceu que “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

Porém, sem motivo aparente, embora quanto à instrução na sessão do tribunal do júri também tenha sido adotado o *cross examination*, apartando-se da regra geral, o art. 473, caput, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 11.689, de 2008, determina que as perguntas a serem formuladas pelo juiz sejam antes das pertinentes às partes. A incompatibilidade entre as regras dos arts. 212, parágrafo único, e 473, caput, ambos do Código de Processo Penal, não encontra justificativa. A incongruência poderia ter sido obra das discussões no Parlamento, como foi o caso de muitas delas. Nesse caso, não. A própria Comissão de Reforma, quando apresentou o seu trabalho, fez as duas sugestões tal como elas restaram aprovadas no Congresso Nacional e transformadas em lei, sem que, porém, tivesse feito o devido esclarecimento na exposição de motivos⁷⁵⁹.

Em que pesem as singularidades da instrução e julgamento na sessão do tribunal do júri, não se encontra justificativa para que, nesse caso, as perguntas do juiz não sejam, assim como ocorre nos demais procedimentos, após as das partes. O que se recomenda é que o juiz, de qualquer sorte, adote a regra geral do art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que é mais consentânea com o sistema acusatório. Note-se, porém, como já foi expandido, que essa disciplina

⁷⁵⁸ Diante da forma da redação originária do art. 467 do CPP, surgiu discussão sobre se, em relação à inquirição no plenário do júri, teria sido adotado o *cross examination*. Com efeito, o dispositivo estava assim redigido: “Terminado o relatório, o juiz, o acusado, o assistente e o advogado do réu e, por fim, os jurados que o quiserem, inquirirão sucessivamente as testemunhas de acusação”.

⁷⁵⁹ Os trabalhos da Comissão de Reforma foram divididos entre os seus dez membros. Acontece que, na distribuição das tarefas, conforme o Relatório das Atividades da Comissão, redigido por Ada Pellegrini Grinover, Presidente, e Petrónio Calmon Filho, Secretário, a incumbência para a elaboração dos esboços de anteprojetos para todos os tipos de procedimento ficou com um único membro.

diz respeito às inquirições das testemunhas, não sendo pertinente aos casos de interrogatório e de depoimento do ofendido⁷⁶⁰.

Alguns juízes, porém, ao argumento de que lhes cabe a direção do processo, recalçam a adoção do *cross examination*, ademais de insistirem em perguntar antes das partes, até mesmo com o argumento de que as partes não sabem fazer perguntas e de que, quando lhes conferida essa prerrogativa, tendem a fazer as indagações de forma sugestiva. Esse argumento não procede. Ninguém nasce sabendo fazer inquirição. Os profissionais do direito, aí incluindo a grande maioria dos juízes, invariavelmente, não possui conhecimentos teóricos ou estudos voltados à aplicação de técnicas recomendadas para a realização das perguntas e, ainda, de como fazer, corretamente, a interpretação das respostas, não apenas pelo que foi dito, mas especialmente pelo que a linguagem corporal revelou⁷⁶¹.

No ponto, o Supremo Tribunal Federal⁷⁶², tendo em vista o HC 11815/SP, julgado em 14 de novembro de 2017, por maioria da Primeira Turma, em acórdão da lavra do Ministro Luiz Fux, anulou o processo a fim de que fosse realizada nova oitiva, uma vez que a magistrada, violando a ordem de inquirição de testemunhas no processo penal, fez as suas perguntas antes de dar a oportunidade às partes para fazê-las.

Como se percebe, o *cross examination* não é uma mera forma de fazer a produção da prova, mas o direito de a parte produzir a prova conforme o seu interesse processual, ou seja, de ela própria explorar a prova, o que é inerente ao sistema acusatório. A inobservância dessa forma, por conseguinte, representa, antes de mais nada, malferição ao direito de defesa, no ponto, igualmente na perspectiva de quem é o autor da ação, o que gera nulidade processual, conforme o precedente acima citado do Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça⁷⁶³, no exame do HC 200802559433, cujo relator foi o Ministro Jorge Mussi, pela sua Quinta Turma, à unanimidade, anulou o processo pelo fato de não ter sido garantido o direito da parte de fazer as perguntas diretas.

HABEAS CORPUS. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. 1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em erro in procedendo, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do habeas corpus, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade. 3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma. 4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP.

Como se vê, no aresto acima foi concedido o habeas corpus impetrado pela defesa devido à circunstância de o juiz, na direção da audiência, não ter permitido que a parte fizesse as perguntas

⁷⁶⁰ Cf. itens 5.1.5.11 e 5.1.8.4, supra.

⁷⁶¹ Cf. WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. **O corpo fala**: a linguagem silenciosa de comunicação não-verbal. 39. ed. Petrópolis: Editora Vozes, [...].

⁷⁶² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/informativo885. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁷⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão 19/05/2009. DJe de 01/06/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 15 fev. 2012.

diretamente às testemunhas, situação que caracteriza *erro in procedendo*, maculando o devido processo legal, daí por que acarreta a nulidade processual. Note-se que a desobediência à forma foi considerada como nulidade absoluta. Talvez, a melhor solução fosse considerar, apenas, nulidade relativa, pois, não se pode deixar de reconhecer, em muitos casos, a inquirição pelo sistema presidencial, conquanto denote irregularidade, não compromete o devido processo legal ou o direito de defesa.

5.1.8.5.2. Separação das testemunhas

Desde a redação originária do Código de Processo Penal, para evitar que um depoimento influísse no outro, havia a determinação para que as inquirições das testemunhas fossem feitas, ainda que em mesma audiência, cada uma de *per si*, devendo o juiz providenciar para que uma não tomasse o conhecimento ou ouvisse o que fosse afirmado pela outra (art. 210 do CPP).

A Lei nº 11.690, de 2008, foi mais além, agora para determinar, com a inserção do parágrafo único ao art. 210 do Código de Processo Penal, que “Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.”

Advirta-se, desde logo, que não foi a pretensão do legislador estabelecer uma regra de incomunicabilidade tal qual a prevista para o corpo de jurados do tribunal do júri. Desse modo, a eventual quebra de incomunicabilidade não leva, necessariamente, à anulação das inquirições ou da sentença.

Ademais, essa incomunicabilidade, assim como em relação aos jurados, dá-se no ambiente do Juízo em que será tomado o depoimento. Não há nenhuma nulidade por quebra da incomunicabilidade, caso as testemunhas de defesa, por exemplo, sejam levadas para a audiência em um mesmo veículo ou, no caminho para o fórum ou nas cercanias, sejam flagradas conversando.

Por outro lado, tal como redigida a norma em destaque, ao que parece, o fórum deverá *reservar espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas*, o que é, convenhamos, na prática, impossível, especialmente porque, de regra, um processo criminal tem no mínimo de quatro a seis testemunhas, isso quando se trata de um único acusado. Não há como colocar cada uma delas em um lugar separado. Em rigor, nada impede que elas fiquem todas em um mesmo recinto, porém, sob vigilância de um servidor, e com a advertência de que não podem se comunicar entre si, notadamente para falar sobre o processo no qual vão depor.

5.1.8.5.3. Inquirição por videoconferência, precatória e rogatória

Como decorrência do princípio da ampla defesa, o acusado tem o direito de *estar presente* à audiência, a fim de auxiliar o seu advogado. Como o interrogatório é posterior à oitiva das testemunhas, em verdade, realizado após a produção de toda a prova levada a efeito na instrução realizada em audiência, o acusado tem o direito de assistir os depoimentos das testemunhas, até para que possa, ao ser ouvido, se reportar a eles para se explicar adequadamente sobre a imputação criminosa que lhe é feita.

Esse direito de presença, porém, era mitigado pelo art. 217 do Código de Processo Penal, que permitia ao juiz, quando verificado que a presença do acusado poderia influir no ânimo da testemunha, determinar a sua retirada da sala de audiência.

Seguindo a ideia de garantir maior efetividade, durante a inquirição da testemunha, ao exercício do direito de defesa pelo acusado, procedeu-se à alteração do art. 217 do Código de Processo Penal (Lei nº 11.690, de 2008), a fim de estabelecer que essa providência de retirada do acusado da sala de audiência somente deverá ser adotada quando não for possível a tomada do

depoimento da testemunha por videoconferência⁷⁶⁴.

Geralmente, a testemunha ou o ofendido pede para não falar na presença do acusado no momento da realização da audiência. Dificilmente essa comunicação é feita com antecedência. Por isso mesmo, da forma como redigida a norma, o legislador vislumbrou a hipótese em que, fazendo a testemunha ou o ofendido essa comunicação em audiência, dispo de tecnologia adequada, o juiz deve determinar que a pessoa seja encaminhada a outra sala do fórum para, de lá, prestar o depoimento, ficando o juiz, as partes e o acusado na sala de audiências⁷⁶⁵. A intenção é de que o acusado possa permanecer ao lado de seu advogado, até para auxiliá-lo em relação a alguma pergunta que deve ser feita, como, aliás, de praxe, ocorre.

De toda sorte, caso não haja a possibilidade de se fazer a inquirição por videoconferência, com a consequente determinação da retirada do acusado da sala de audiência, se for feita a gravação audiovisual, deve ser dada a oportunidade, antes do interrogatório, para que ele assista o depoimento da testemunha.

Injustificadamente, as Leis n.ºs. 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, não fizeram propriamente a previsão da possibilidade de realização da inquirição de testemunhas por videoconferência. Coube à Lei n.º 11.900, de 2009, acrescentando o § 3º ao art. 222 do Código de Processo Penal, permitir que, quando se tratar de testemunha residente em outra localidade, ao invés de ser ouvida por carta precatória, seja realizada a inquirição “por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.”

Da mesma forma como o interrogatório por videoconferência, no caso de testemunha a participação da testemunha se dá à distância, em forma telepresencial. Note-se que a testemunha deve ser ouvida por videoconferência dentro da audiência uma, realizada no Juízo deprecante.

Por conseguinte, estando a testemunha em outra unidade da federação, a realização da inquirição por videoconferência será feita com a presença da testemunha no fórum do Juízo no qual ela reside. Será expedida a carta precatória, com a solicitação de que o juiz deprecado, no dia e hora previstos, havendo possibilidade tecnológica, intime a testemunha para comparecer naquele Juízo, a fim de que ela participe da audiência uma realizada no Juízo deprecante, mediante a sua inquirição por videoconferência. Verifique-se que, em verdade, com o auxílio da tecnologia, a testemunha, estando em outra unidade da federação, participa da audiência uma levada a efeito no Juízo deprecante.

Não se imagina, evidentemente, que a testemunha possa, de qualquer lugar que queira, ainda que disponha de tecnologia para comunicação com o Juízo, ser inquirida por videoconferência. É preciso que o depoimento seja tomado no Juízo deprecado, até para que se tenha a certeza de que a testemunha não sofreu nenhum tipo de pressão para dar o seu testemunho. Salvo situações excepcionais, em que a participação poderá, por exemplo, ser feita da casa da testemunha, sendo recomendável que o juiz determine a presença no local de um oficial de justiça ou de outro servidor, a fim de assegurar que não houve nenhum tipo de influência quanto ao conteúdo do depoimento.

Sendo ortodoxo, seria o caso de entender-se que a inquirição da testemunha por videoconferência deve ser feita na presença e sob a direção do juiz deprecado, com o argumento de que o deprecante não tem competência para dirigir um ato que, a bem da verdade, está sendo realizado em local no qual ele não possui jurisdição. Assim, no mesmo dia e hora, porém em locais

⁷⁶⁴ “Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do defensor.”

⁷⁶⁵ Deve ser preparada uma sala para essa finalidade. A tecnologia eletrônica para a videoconferência é simples, de pouco custo, e está disponível no mercado. Basta possuir um computador ligado à internet, com uma webcam. Programas gratuitos, que podem ser baixados sem custo por qualquer usuário da internet, como MSN, Skype, WhatsApp, Facetime etc. permitem a comunicação por videoconferência, mesmo a pessoa estando no estrangeiro.

diferentes, dois juízes seriam ocupados na realização de um mesmo ato processual. Acredita-se que o mais razoável é mudar esse conceito, a fim de adaptá-lo à nova realidade. É suficiente que o depoimento, prestado por videoconferência pela testemunha residente em outra localidade, seja tomado no Juízo deprecado, com a presença de um oficial de justiça. Nesse caso, a direção do ato deve ser integralmente feita pelo juiz deprecante, até porque, como se disse antes, o depoimento da testemunha, com o auxílio da tecnologia, é prestado na audiência uma que estará sendo realizada em outro Juízo.

Naturalmente, a videoconferência pode ser adotada também no caso de cooperação internacional por meio de auxílio direto. Nesse caso, por se tratar de questão afeta à soberania, a direção do ato processual pode-se ajustar, caso se entenda necessário, que a direção do ato seja feita pelo juiz do país em que está sendo tomado o depoimento; aliás, é assim que recomendam, de regra, os tratados e convenções a respeito da matéria. Isso é preferível à expedição de carta rogatória. No ponto, note-se que, conforme expressa previsão legal, as cartas rogatórias "... só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com todos os custos de envio." (art. 222-A do CPP, introduzido pela Lei nº 11.900, de 2009). Essa norma, ainda que tenha sido editada com o propósito de inibir a prática costumeira de se arrolar testemunhas no estrangeiro no escopo de dificultar o andamento normal do processo⁷⁶⁶, serve para acentuar que, em nome da duração razoável do processo, da identidade física do juiz, do promotor natural e da ampla defesa, quando se tratar de testemunha residente no estrangeiro, deve-se dar preferência ao auxílio direto, com a oitiva por meio de videoconferência.

Cabe notar, conforme já afirmado no item 5.1.5.12 supra, no que se refere às testemunhas, o tratamento normativo quanto à videoconferência é substancialmente diferente daquele dispensado ao interrogatório. Esse destaque é de fundamental importância. Sendo testemunha que não reside na sede da comarca, para fins de preservar a duração razoável do processo, a unicidade da audiência de instrução, o direito à ampla defesa, as identidades físicas do juiz, e do Ministério Público e, ainda, da defesa natural, a regra é que a inquirição seja feita por videoconferência.

Não se trata, portanto, de mera faculdade do juiz deprecante. A videoconferência é instrumento tecnológico que serve para dar efetividade aos princípios da ampla defesa, das identidades físicas do juiz e do promotor e, ainda, da defesa natural,

Portanto, quando o § 3º ao art. 222 do Código de Processo Penal determinar que, na hipótese de a testemunha residir em outra localidade, ao invés de ser ouvida por carta precatória na forma tradicional, deve ser providenciada a inquirição por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, isso é para permitir a presença do defensor e do acusado, além do membro do Ministério Público que atua no processo. Isso sem falar, é claro, que essa é a única forma de assegurar a identidade física do juiz.

Para melhor exame da questão, é importante destacar a dicção normativa do art. 222, § 3º, do CPP, está assim redigida:

A testemunha que morar fora da jurisdição do Juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

(...)

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real,

⁷⁶⁶ Na proposta aprovada pelo Parlamento, modificava-se o teor dos §§ 1º e 2º do art. 222 do CPP. O § 1º assim dispunha: "A carta precatória deve ser devolvida antes da realização da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 431, deste Código. Todavia, não sendo devolvida a tempo, a realização da referida audiência não será suspensa, salvo mediante requerimento de uma das partes comprovado prejuízo." Essa regra era um retrocesso em relação ao tratamento dado pelo Código de Processo Penal, a despeito de representar, em verdade, o retorno da discussão que permeou o acréscimo à ressalva quanto à aplicação do art. 222 do CPP, que foi inserida, por sugestão da Ajufe, no caput do art. 400 do CPP, quando da discussão da Lei nº 11.719, de 2008. Ressaltando, dentre outros argumentos, que a proposta aprovada no Parlamento, por linhas transversas, era o reexame indevido daquele debate, a Ajufe liderou nota técnica, assinada pelas demais entidades de classe da magistratura e do ministério público, pedindo o veto presidencial à alteração dos §§ 1º e 2º do art. 222 do CPP. O Presidente da República acolheu o pedido de veto.

permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Essa expressão *poderá*, que consta do § 3º acima transcrito, ao contrário do que pode deixar transparecer a exame perfunctório, não se traduz em mera *faculdade do juiz*, muito pelo contrário. A norma é um *imperativo categórico*, pois é corolário lógico do princípio da ampla defesa. Ora, como se sabe, em decorrência do princípio da ampla defesa, o acusado tem o direito de *estar presente* à audiência, a fim de auxiliar o seu advogado. Como o interrogatório é posterior à oitiva das testemunhas, em verdade, realizado após a produção de toda a prova levada a efeito na instrução realizada em audiência, o acusado tem o direito de assistir os depoimentos das testemunhas, até para que possa, ao ser ouvido, se reportar a eles para se explicar adequadamente sobre a imputação criminosa que lhe é feita.

Por conseguinte, a videoconferência é a forma de permitir não apenas que a audiência seja una, realizada em um só ato, como, ainda, que o acusado possa assistir e participar dos depoimentos das testemunhas, a fim de, no final, prestar o seu interrogatório tendo condições de saber das provas produzidas contra ele e poder rebatê-las.

Assim, em compasso com essa ótica, no desiderato de conscientizar os magistrados a colocar em prática essa nova modalidade de inquirição, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 105, de 06 de abril de 2010, que assim dispõe:

Art. 3º Quando a testemunha arrolada não residir na sede do juízo em que tramita o processo, deve-se dar preferência, em decorrência do princípio da identidade física do juiz, à expedição da carta precatória para a inquirição pelo sistema de videoconferência.

Em consolidação a esse entendimento, a Corregedoria-Geral da Justiça Federal editou o Provimento nº 13, de 15 de março de 2013, pelo qual restou resolvido que a oitiva de pessoas fora da sede do Juízo se dará por videoconferência, somente sendo realizado o ato por outro meio se não houver condições técnicas para tanto, preferindo-se o adiamento do ato e a renovação da videoconferência, caso a impossibilidade da realização do ato processual por essa via tenha sido eventual.

Ainda nesse sentido, o art. 4º Provimento nº 13, de 2013, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal prescreve:

Quando a testemunha arrolada não residir na sede do juízo em que tramita o processo, deverá ser inquirida pelo sistema de videoconferência.

Esses atos normativos foram editados sob a consideração de que a inquirição da testemunha por meio de videoconferência é um corolário lógico do princípio da ampla defesa. É instrumento que permite ao acusado exercer o *direito de presença*, pois, assim, ele poderá acompanhar o depoimento por videoconferência. Não só possibilita a participação do acusado, como, igualmente, do seu próprio advogado, que terá condições de estar presente, ainda que à distância, à audiência de instrução, com a possibilidade de fazer perguntas e as intervenções que achar adequadas ao exercício de seu mister.

Resta claro que a oitiva da testemunha por meio da forma tradicional de carta precatória, ou seja, com audiência realização por meio do juiz deprecado, dificulta sobremaneira a participação do acusado e do seu advogado. Ora, caso tanto o advogado quanto o acusado queiram atuar na audiência, precisam se deslocar em um país de dimensões continentais como o Brasil, em que as passagens áreas são bastante expressivas. Para o acusado essa medida é especialmente danosa. Na hipótese, ele tem não só de arcar com os custos de sua passagem e eventual hospedagem como, ainda, os de seu advogado, além, é claro, do pagamento da diária, sem falar nas refeições.

Ademais, consoante foi salientado, a videoconferência também se apresenta na qualidade de instrumento para a materialização do princípio da identidade física do juiz, introduzido

expressamente no processo penal por meio da Lei nº 11.719, de 2008 (art. 399, § 2º). E não é só o princípio da identidade física do juiz, uma vez que serve para homenagear os princípios do promotor natural e do defensor natural.

Promovida a inquirição da testemunha na forma tradicional de carta precatória, além de o juiz que vai tomar o depoimento não ser o mesmo que é o responsável pelo julgamento, idêntico fenômeno se verifica em relação ao membro do Ministério Público. O único que eventualmente poderá participar do ato processual é a defesa que, porém, em razão dos custos e dificuldades, raramente se desloca até o juízo deprecado.

Ou seja, parte da instrução do processo é feita por juiz e membro do Ministério Público que não conhecem o processo. Decididamente, não é razoável.

Isso ainda gera um outro custo. Quando o acusado possui defensor constituído e este não comparece ao juízo deprecado, o Defensor Público se recusa a patrocinar a defesa, com base em ato normativo da instituição, cujo fundamento de que não se trata de acusado que possui advogado particular constituído no processo. Em razão disso, o juiz tem de nomear um defensor *ad hoc* que, no caso da justiça federal, gera despesa para o Judiciário, com pagamento pelo trabalho desempenhado.

Com essas considerações, resta claro que a possibilidade do cumprimento da carta precatória para oitiva de testemunha por meio de videoconferência não é uma mera faculdade. Havendo possibilidade, o juiz deve fazê-lo.

Por isso mesmo, tanto o Conselho Nacional de Justiça quanto a Corregedoria-Geral da Justiça Federal expediram atos normativos realçando essa imperatividade. Não inovaram no ordenamento jurídico. E foi em razão desses atos normativos que os tribunais tiveram que investir em tecnologia para possibilitar a realização da videoconferência. A respeito, veja-se que o Provimento nº 13 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal determinou que os Tribunais Regionais Federais investissem na tecnologia para dotar as varas criminais dos equipamentos necessários para a realização da audiência por videoconferência, conforme se expendeu no art. 1º, §§ 1º e 2º:

Art. 1º Fica instituído o sistema nacional de audiência por videoconferência no âmbito da Justiça Federal, a ser gerido pelo Conselho da Justiça Federal.

§ 1º Os Tribunais Regionais Federais deverão instalar salas de videoconferência em todas as subseções judiciárias, preferencialmente exclusivas para oitivas requeridas por outros juízos.

§ 2º Todas as varas com competência criminal deverão ser dotadas dos equipamentos necessários à realização de audiências por videoconferência.

Naturalmente que um juiz não pode, por comodidade, pretender que o cumprimento da carta precatória seja de forma mais gravosa para todos os atores processuais – Ministério Público, advogado e o próprio réu, além de exigir a atuação de outro integrante do Judiciário e do Ministério Público.

O pior é que a expressa maioria dos juízes hoje expede carta precatória para que o cumprimento seja por videoconferência, de modo que ele mesmo é quem faz essa parte da instrução do processo. Não é aceitável que os juízes que assim procedem ainda tenham de assumir o ônus de realizar, via carta precatória tradicional, os atos instrutórios referentes a processos de outros juízes, apenas por que esses acham mais cômodo que assim seja. Esse tipo de comportamento não pode ser premiado.

Mas, sem embargo de tudo o que aqui foi expandido, não é esse o entendimento que vem sendo consolidado perante o Superior Tribunal de Justiça. No STJ tem preponderado o entendimento de que, a despeito dos atos normativos expedidos tanto pelo Conselho Nacional de Justiça quanto pelo Conselho da Justiça Federal, o Código de Processo Penal tratou da videoconferência como uma faculdade, daí por que fica ao talante do juiz deprecante escolher a forma como ele quer que seja cumprida a carta precatória.

No particular, merece menção a ementa do acórdão unânime da Terceira Seção do

Superior Tribunal de Justiça⁷⁶⁷, no CC 201600309072, julgado em 27 de abril de 2016 e relatado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, vazada nos seguintes termos:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. OITIVA DE TESTEMUNHA QUE RESIDE FORA DA JURISDIÇÃO DO MAGISTRADO COMPETENTE: FACULDADE. CARTA PRECATÓRIA. RECUSA NÃO FUNDADA NAS HIPÓTESES DO ART. 209 DO CPC. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DEPRECADO. 1. A utilização da videoconferência prestigia o princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP) e atende a recomendações tanto do Conselho Nacional de Justiça (Plano de Gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal - item 3.8.3.2.1.3.2 e Resolução n. 105/2010) quanto do Conselho da Justiça Federal (Provimento n. 13, de 15/03/2013) que visam a facilitar e agilizar o funcionamento da justiça, em busca de uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, em consonância com a garantia da razoável duração do processo inscrita no inc. LVIII do art. 5º da CF/88. 2. Isso não obstante, a oitiva de testemunhas que residem fora da jurisdição do magistrado competente para o julgamento da ação penal foi tratada como faculdade pelo Código de Processo Penal, em seu art. 222, § 3º. 3. Aliando a norma processual penal às disposições do Processo Civil sobre a carta precatória, esta Corte tem entendido que a videoconferência é sobretudo uma faculdade e que o juízo deprecado somente poderá negar cumprimento à carta precatória se ocorrer uma das hipóteses taxativamente previstas no art. 209 do Código de Processo Civil, aplicável à seara penal com amparo no art. 3º do CPP. Precedentes. 4. Situação em que a recusa do Juízo deprecado não se deu por nenhuma das causas previstas na regra do art. 209 do CPC, mas com fundamento nas orientações contidas na Resolução n. 105/2010 do Conselho Nacional de Justiça e no Provimento n. 13/2013 do Conselho da Justiça Federal, que não podem se sobrepor à Lei Processual Penal. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, o suscitado, para dar cumprimento à carta precatória expedida pelo Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de Campinas/SP.

A esperança é que a matéria algum dia seja agitada perante o Supremo Tribunal Federal ou, então, que o Superior Tribunal de Justiça modifique o seu entendimento, o que pode ocorrer, caso o tema chegue à decisão da Corte Especial ou mesmo, claro, se a Terceira Seção alterar a sua posição.

Mas há um alento. A Resolução do CNJ nº 341, de 7 de outubro de 2020, de forma peremptória, para além de reiterar que os depoimentos do ofendido, da testemunha e do perito residentes fora do juízo deverão ser prestados por videoconferência (art. 4º, caput), deixou expresso que, “No interesse da parte que residir distante da sede do juízo, o depoimento pessoal ou interrogatório será realizado por videoconferência” (§ 2º) e que, “Salvo impossibilidade técnica ou dificuldade de comunicação, deve-se evitar a expedição de carta precatória inquiritória” (§ 2º).

Resta, por fim, acrescentar que não se há de negar o prejuízo que é legado para defesa com a expedição da carta precatória para cumprimento na forma tradicional, notadamente em razão do entendimento encartado na Súmula 273 do STJ de que basta o advogado do réu ser intimado da sua expedição, não sendo necessário que o Juízo deprecado ou deprecante informe a data da realização da audiência que será realizada na outra localidade, posição que é corroborada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 79.446, DJU de 1º de junho de 2001)

5.1.8.5.4. Número de testemunhas

O art. 402, caput, do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 11.719, de 2008, cuidou de disciplinar o número de testemunhas possíveis de serem arroladas, tanto pelo Ministério Público quanto pela defesa, em se tratando do procedimento ordinário. Nesse sentido, manteve-se a regra anterior, ou seja, 8 (oito) testemunhas para cada. Para o procedimento do tribunal do júri, em relação à primeira fase, é o mesmo número, enquanto para o plenário de

⁷⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Acesso em: 24 julho 2018.

juízo o máximo previsto é de 5 (cinco) testemunhas (art. 422 do CPP). No procedimento sumário e no juízo especial também o limite máximo é de 5 (cinco) testemunhas (art. 532 do CPP).

Perdeu-se, todavia, uma boa oportunidade de sanar a discussão a respeito desse número, se ele é um grupo de oito testemunhas para o Ministério Público tendo em consideração, ou não, a quantidade de acusados. Ademais, mesmo em se tratando de apenas um acusado, há discussão na doutrina se o número máximo de oito testemunhas é para cada fato criminoso.

Todavia, a doutrina majoritária se inclina a defender a posição de que o limite de testemunhas leva em conta cada fato imputado na denúncia, sendo irrelevante, quanto ao Ministério Público, o número de acusados. Em relação à defesa, sendo mais de um acusado, cada um deles — independentemente de serem defendidos pelo mesmo advogado, acrescentamos —, tem o direito de arrolar o número máximo de testemunhas previsto para o tipo de procedimento. Tal entendimento hegemônico é o que se revela mais acertado e condizente com a sistemática dos procedimentos previstos no Código de Processo Penal. De qualquer forma, não são levadas em consideração, para fins do limite estabelecido, as testemunhas que estejam dispensadas do compromisso de dizer a verdade, assim como aquelas que, referidas em depoimentos, forem convocadas pelo juiz.

5.1.8.6. Acareação

Na redação do art. 400, caput, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008, na audiência de instrução e julgamento, pode ocorrer a acareação. A acareação é uma das hipóteses de prova, que está prevista no art. 229, do Ordenamento Processual Penal, ao dispor que há de “... ser admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.”

Em verdade, acareação ou careação, que são expressões sinônimas, como pondera o insigne Câmara Leal⁷⁶⁸, é “... o ato de acarear, isto é, de colocar cara a cara duas pessoas, a fim de inquiri-las sobre divergências de suas declarações, que somente haverá de ser produzida caso haja “... divergência manifesta e inconciliável entre duas afirmativas ou duas negativas relativas ao mesmo fato ou circunstância”, isso mesmo se essa divergência for imprescindível para a solução do processo⁷⁶⁹. Se a divergência se situa sobre questões secundárias ou pontos cuja verificação não influa na decisão final, não há a menor necessidade em sua realização.

Vicente Greco Filho vai mais longe, ao afirmar, acertadamente, que a acareação, na qualidade de prova complementar, só deve ser produzida se, e quando, não for possível, com o exame dos demais elementos probatórios acostados aos autos, esclarecer os depoimentos contraditórios⁷⁷⁰.

Verifica-se, assim, que a acareação, a despeito de ocorrerem com frequência divergências entre as pessoas ouvidas em Juízo, apenas em hipóteses excepcionais faz-se necessária a sua realização. Ademais, a doutrina recomenda parcimônia na realização dessa prova, tendo em consideração que a acareação, efetivamente, poucas vezes serve de meio de solução de divergências registradas nas declarações prestadas no processo, porque, de ordinário, os acareados sustentam o que disseram anteriormente e dificilmente modificam seus depoimentos. A despeito disso, dependendo das condições pessoais das pessoas acareadas, aquela que disse a verdade pode se sentir insegura na acareação, enquanto a outra, que mentiu, poderá se sair com muito mais desenvoltura e riqueza de detalhes em seu depoimento.

Diante dessas peculiaridades, tem-se reconhecido ao juiz o poder de analisar

⁷⁶⁸ LEAL, Câmara. **Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942. v. 1, p. 69.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 70.

⁷⁷⁰ *Op. cit.*, p. 210.

percucientemente o assunto, no escopo de decidir pela pertinência, ou não, da realização da acareação, sem que a denegação, por si só, caracterize cerceamento de defesa. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque, no que interessa, a seguinte parte da ementa do acórdão firmado no HC 104.241/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello⁷⁷¹:

Inexiste qualquer nulidade no procedimento do magistrado que se recusa, motivadamente, a ordenar a acareação, pois, como se sabe, o juiz exerce, nessa matéria, irrecusável competência discricionária, que lhe permite, a partir de uma avaliação pessoal quanto à conveniência, utilidade ou necessidade da medida, ordenar, ou não, sempre em decisão fundamentada, a adoção dessa providência de caráter instrutório. Doutrina. Precedentes.

Como se isso não bastasse, em se tratando de acareação entre acusados ou entre acusado e testemunha, tem-se que o direito ao silêncio, que se traduz em direito de audiência perante o juiz responsável pelo julgamento, não permite a realização coercitiva dessa prova, a não ser se o acusado ou acusados consentirem. O assunto foi tratado no item 5.1.5.9, supra.

5.1.8.7. Reconhecimento de pessoas e coisas

Dentre as espécies de provas disciplinadas no Código de Processo Penal, está o reconhecimento de pessoas e coisas. Afirma-se que o maior número de erros judiciários decorre do reconhecimento equivocado da pessoa, pelos mais diversos fatores decorrentes das falsas percepções, o que é agravado pelo fato de tratar-se de prova sugestiva de alto grau. E isso é inescandível.

Em percuciente pesquisa acadêmica a respeito do tema, Nathália Leite⁷⁷² faz a análise da situação de Tiago Vianna Gomes, que foi diversas vezes apontado como autor da prática de crimes, chegando, inclusive, a ser condenado, a partir do reconhecimento feito por vítimas e testemunhas, mediante a análise de fotos dele armazenadas na polícia. Tiago Vianna chegou a ser reconhecido indevidamente nada mais nada menos do que 9 (nove) vezes.

Conquanto no Brasil não se tenha dados concretos a respeito do percentual de erros judiciários provocados por reconhecimento de pessoas, levantamento feito pelo conhecido *Innocence Project*⁷⁷³ revelam que 69% dos erros judiciários no sistema americano têm como origem o reconhecimento equivocado do autor do crime.

Ainda que em nosso meio não haja uma fonte de dados mais consistente a respeito de erros judiciários fomentados por essa espécie de prova, os meios de comunicação, cada vez mais, fazem reportagens de casos de condenações de inocentes, geralmente negros pobres e moradores da periferia, fulcradas em reconhecimento pessoal equivocado. Tanto é assim, que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, mediante a Portaria nº 209, de 31 de agosto de 2021⁷⁷⁴, criou grupo de trabalho, sob a coordenação do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogério Schietti, no escopo de realizar estudos sobre o reconhecimento de pessoas em processos criminais e sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário.

De qualquer sorte, o reconhecimento pessoal é uma das espécies de prova em nosso sistema jurídico. O legislador, no escopo de conferir maior segurança quanto à veracidade dessa prova, cuidou de gizar as regras que devem ser observadas no momento de sua produção. Com

⁷⁷¹ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6693792>. Acesso em: 7 fev. 2022.

⁷⁷² MEDEIROS, Nathália Leite. **O uso do reconhecimento pessoal no direito brasileiro e a carência de uma abordagem interdisciplinar**: caso Tiago Vianna. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2022.

⁷⁷³ INNOCENCE PROJECT. **DNA exonerations in the United States**. Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states>. Acesso em: 9 fev. 2022.

⁷⁷⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 209, de 31 de agosto de 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4090>. Acesso em: 18 set. 2021.

efeito, nos termos do Código de Processo penal, no reconhecimento, a pessoa é chamada para confirmar a identidade de pessoas ou coisa que lhe é mostrada. De acordo com a doutrina, nesse ato, não é admitida a intervenção das partes, embora possam e devam estar presentes ao ato.

Aliás com a nova redação emprestada ao art. 400, caput, do Código de Processo Penal, sendo essa prova produzida durante o processo, o ato terá de ser feito na *audiência una* de instrução e julgamento⁷⁷⁵. Nesse caso, estarão presentes o juiz, o Ministério Público, o defensor, a pessoa a ser reconhecida (que invariavelmente é o acusado) e a pessoa que irá fazer o reconhecimento

O art. 226 do Código de Processo Penal expõe a forma como deve ser feito o reconhecimento:

I — a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II — a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III — se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela.

Para fins da devida documentação desse ato, o inciso IV, do mencionado dispositivo, determina que seja lavrado *auto pormenorizado*, subscrito pela *autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais*. Sendo utilizado o sistema audiovisual para a documentação da audiência, como o reconhecimento é uma prova oral, nada obstante não haja disposição expressa, o certo é que se torna plenamente dispensável o *auto pormenorizado*.

O auto de reconhecimento em si deve ser todo documentado pela via audiovisual, com registro no teor de audiência ou no termo de reconhecimento, quando feito pela autoridade policial, na fase investigatória.

As regras devem ser observadas tanto no reconhecimento feito na fase da investigação quanto na do processo de conhecimento. Note-se porém que, em homenagem à ampla defesa, o art. 226, parágrafo único, do Código de Processo Penal, determina que, em se tratando de reconhecimento realizado durante a fase judicial, não se admite a aplicação do inciso III do mesmo comando legal. Ou seja, naqueles casos em que a testemunha, por intimidação ou outra influência, não queira que o acusado lhe veja fazendo o reconhecimento, não é possível que o ato seja feito com a utilização de recurso que impeça o contato pessoal e direto entre aquele chamado a fazer o reconhecimento e o reconhecido⁷⁷⁶.

Questão que suscita indagação é se o acusado, tendo o direito ao silêncio, pode ser obrigado a se submeter ao reconhecimento. É evidente que é inadmissível a condução coercitiva do acusado ao encontro de uma testemunha, para passar pelo procedimento de reconhecimento.

Em verdade, a definição de data específica para o procedimento de reconhecimento de pessoa ou coisa ocorre com mais frequência no momento da investigação, durante o inquérito policial. Na fase processual, via de regra, o juiz não marca propriamente a realização do ato de reconhecimento. Com efeito, tendo o acusado comparecido à audiência de instrução e julgamento, o juiz, dentre as perguntas formuladas à testemunha, indaga se ela reconhece o acusado como a pessoa que praticou o crime.

Em casos tais, mesmo que o acusado, no ato, proteste contra a medida, sob a invocação do direito ao silêncio, isso não tem o condão de invalidar a prova, pois, nesse caso, não há propriamente a exigência de que ele produza uma prova contra a sua vontade. Se assim não fosse, chegar-se-ia ao cúmulo de não se admitir como válido o testemunho, em crime de acidente de

⁷⁷⁵ Cf. item 5.1.9.1, infra.

⁷⁷⁶ Cf. item 5.1.9.1.2, infra, que trata da documentação da audiência de instrução e julgamento por meio do sistema audiovisual.

veículo, dando conta de que o acusado estava visivelmente embriagado, sob o argumento de que isso se trata de prova produzida pelo incriminado contra si.

O alcance da cláusula constitucional do direito ao silêncio não é tão alargado a ponto de entender-se que o reconhecimento pelo ofendido ou pela testemunha somente é admissível caso haja o consentimento do acusado. O que não se pode é obrigá-lo a comparecer ao ato processual. Por outro lado, o advogado deve orientar o seu cliente quanto ao que pode ocorrer na audiência, especialmente a respeito do reconhecimento, quando a tese for de negativa de autoria.

A negativa de autoria é muito comum em crimes de roubo a agências de instituições financeiras. Esses crimes, invariavelmente, são praticados por grupo de pessoas, que não reside no local em que se desenvolveu a ação ilícita. O gerente e os funcionários são chamados, ainda na fase do inquérito policial, para fins de descrever as identidades físicas dos agentes do delito e reconhecê-los por meio de fotografias. Quando chega a fase processual, as testemunhas, na audiência, sempre são perguntadas sobre se reconhecem os acusados como as pessoas que praticaram o crime.

A prova a esse respeito, em muitos casos, resta facilitada pela existência de fotografias ou filmagens da cena criminosa por meio de câmeras de vigilância. Nesse caso, o reconhecimento há de ser feito por perícia técnica, não propriamente pelas testemunhas, ainda que essas possam ser indagadas a respeito

Por fim, existe discussão quanto à validade do reconhecimento por meio de fotografia, até porque a previsão no Código de Processo Penal diz respeito ao reconhecimento pessoal. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, no julgamento do HC 188.760 (j. em 04/04/2021), relatado pelo Ministro Edson Fachin⁷⁷⁷, seguindo o precedente da Primeira Turma (HC 104404, Rel. Min. Dias Toffoli), firmou entendimento quanto à idoneidade do reconhecimento fotográfico para fins de subsidiar a condenação, "... quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa".

Assim, o Supremo Tribunal Federal, mantendo antiga jurisprudência (HC 73.839, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 27.3.1998), reiterou o entendimento de que, ainda que não observado rigorosamente o disposto no art. 226 do CPP, isso, só por só, não tem o condão de ensejar a nulidade da prova.

Entretanto, diante da precariedade do reconhecimento fotográfico, o Superior Tribunal de Justiça passou a estabelecer limitações à validade dessa prova, estabelecendo a premissa de que essa prova somente pode ser utilizada como supedâneo de decisão condenatória caso corroborada por outros elementos probatórios em juízo e, ainda, desde que observado o contraditório (HC 426.030 AgR, Quinta Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, DJe 13.3.2020).

Posteriormente, tendo como *leading case* o HC 5989.886, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto lavrado pelo Ministro Rogério Schietti, forma estabelecidas as seguintes teses:

- 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
- 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
- 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
- 4) O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente

⁷⁷⁷ Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/stf-reconhecimento-fotografico-ratificado-em-juizo-pode->
Acesso em: 9 fev. 2022.

a eventual reconhecimento da pessoa e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

Inspirado nesse *leading case* do STJ, o Ministro Gilmar Mendes, no RHC 206.846/SP, deferiu liminar, fixando as seguintes teses:

- 1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa.
- 2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se referido e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas.
- 3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

Por conseguinte, diante da precariedade do reconhecimento em si, seja ele pessoal ou fotográfico, tal prova não é suficiente para embasar a condenação do acusado, sendo necessária a corroboração por outras provas.

Merece atenção, ainda, que uma coisa é a pessoa ser chamada para fazer a identificação de uma fotografia que consta dos arquivos da polícia, e outra, bem diferente, é quando a pessoa é chamada para reconhecer a pessoa que apareceu em uma fotografia ou imagem da cena do crime. É a hipótese em que a testemunha conhece o acusado e é chamada para reconhecer uma fotografia antiga como sendo referente ao acusado

Um caso concreto que envolve essa circunstância, revela que, em alguns casos, é possível que o reconhecimento fotográfico, em certa medida, seja mais fiel do que o presencial.

Em assalto a agência da Caixa Econômica Federal, o gerente e os três vigilantes, no momento da inquirição, foram perguntados sobre se reconheciam os acusados, que estavam presentes, como as pessoas que praticaram o crime. O processo ficou paralisado por vários anos, em razão de os réus, citados por edital, terem sido declarados revéis. Todas as testemunhas, sem exceção, disseram que não acreditavam que fossem aqueles acusados as pessoas que cometeram o crime, pois estavam muito diferentes. Não se sabe, ao certo, se foi de propósito, mas o agente que tinha cabelo, barba e bigode na época do crime e estava com essas características na foto, no dia da audiência, estava careca, sem barba e sem bigode e vice-versa.

Porém, quando as testemunhas da cena do crime eram perguntadas se os agentes que praticaram o crime tinham sido as pessoas cujas fotografias estavam acostadas aos autos, elas não tiveram nenhuma dúvida em confirmar. É que as fotos eram contemporâneas à ocorrência do crime. Tratavam-se das mesmas pessoas que estavam sentadas no banco dos réus. Para dissipar dúvidas a esse respeito, na inquirição das testemunhas de defesa, que foram indicadas no propósito de falar sobre o bom comportamento dos acusados, elas foram perguntadas se as fotos que constavam dos arquivos da polícia acostadas aos autos eram mesmo dos acusados. Todas elas, com convicção, salientaram que os acusados no momento estavam muito diferentes, mas aquelas fotos eram efetivamente deles.

Esse foi um caso em que a identificação fotográfica feita por testemunhas, diante das peculiaridades do caso, teve mais força do que o reconhecimento no contato pessoal.

5.1.9. Audiência de instrução e julgamento e duração razoável do processo

Não sendo o caso do acolhimento de preliminar ou de absolvição sumária, o juiz deverá

designar data para a realização da audiência que deverá ser de instrução e julgamento, de modo que nela deverá ser produzida toda a prova oral, o interrogatório do acusado, as razões finais pelo Ministério Público e pela defesa e, por fim, prolatada a sentença pelo juiz.

Porém, tendo em conta estabelecer prazo razoável para a duração do processo, assim como há prazos em geral para a prática dos demais atos, o legislador achou por bem preceituar um prazo razoável para que seja realizada a audiência de instrução e julgamento.

Com efeito, está expresso no art. 400, caput, primeira parte, do Código de Processo Penal, que a audiência de instrução e julgamento deverá ser realizada “no prazo máximo de 60 (sessenta) dias.” O legislador não disse, expressamente, a partir de quando deve ser contado esse prazo. Todavia, a leitura sistêmica da Lei nº 11.719, de 2008, leva à conclusão de que esse prazo deve ser contado a partir da decisão exarada após a resposta do acusado.

Ou seja, não sendo acolhida nenhuma das preliminares suscitadas, nem sendo a hipótese de absolvição sumária, o juiz deverá marcar e realizar a audiência dentro do prazo de 60 (sessenta) dias.

Esse prazo é importantíssimo. Ele demarca o que é duração razoável do processo criminal, pelo menos em relação à realização da audiência de instrução que, de regra, deve ser, igualmente, de julgamento. Se o acusado estiver preso, a não observância desse prazo caracteriza constrangimento ilegal, sanável por meio de habeas corpus, salvo justificativa para que não tenha sido encerrada essa fase processual. Aliás, com as novas regras, não custa repetir, não há mais de falar-se em encerramento do processo, no caso de acusado preso, no prazo de 81 (Oitenta e um) dias. Somando-se o prazo de todas as fases do processo, tem-se que, conforme a nova disciplina do procedimento ordinário, a realização da audiência de instrução e julgamento, estando o acusado preso, terá de ocorrer: (a) se na justiça estadual, entre 105 (cento e cinco) a 153 (cento e cinquenta e três) dias; e (b) se na justiça federal, entre 110 (cento e dez) e 178 (cento e setenta e oito) dias⁷⁷⁸.

A esse respeito, merecem registro duas súmulas do Superior Tribunal de Justiça. A primeira é a 52, a qual dispõe que “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.” Sem embargo da crítica que esse entendimento sumular merece, pois o encerramento da instrução criminal em si não elimina o excesso de prazo provocado pela eventual demora do juiz em proferir a sentença, note-se que, estando o acusado preso, não tendo havido expedição de carta precatória, o julgamento do feito deve ser na audiência. A norma do art. 403, § 3º, do CPP, que excepciona a regra geral de apresentação das razões finais e da prolação da sentença em audiência, tendo em conta a complexidade do caso ou o número de acusados, deve ser analisada com mais rigor, quando se tratar de acusado preso.

O mesmo se diga em relação ao pedido de diligências, previsto no art. 404, caput, que é outra hipótese a excepcionar o julgamento na audiência, em que a *imprescindibilidade* da prova deve ser sopesada com a circunstância de o acusado se encontrar preso. Se essa imprescindibilidade tiver como pano de fundo sanar substancial dúvida quanto à procedência da pretensão acusatória, o adiamento da finalização do processo deve ser conjugado com a eventual decisão de concessão de liberdade provisória do acusado.

O outro entendimento sumular do Superior Tribunal de Justiça pertinente ao tema é a Súmula nº 64: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.” Em princípio, se quem deu causa à demora foi a defesa, a circunstância de não ter sido encerrada a instrução ou o processo em primeira instância, no prazo de 60 (sessenta) dias, não gera constrangimento ilegal sanável por meio de habeas corpus⁷⁷⁹.

Via de regra, quando houver a necessidade de expedição de carta precatória, vai ser difícil a observância da regra geral que determina a realização da audiência de instrução e julgamento no prazo de 60 (sessenta) dias. Mas há como remediar esse problema, como se verá no item 5.1.9.3, sendo necessário, para tanto, que a carta precatória seja expedida com antecedência e que o juiz deprecante assinale, como prazo de cumprimento, uns cinco dias antes da data marcada para a

⁷⁷⁸ Cf. itens 5.2.2.3.1, supra.

⁷⁷⁹ Cf. item 6.2.5.3, infra.

audiência de instrução e julgamento.

Por fim, consigne-se que a atenção devida a esse prazo serve como parâmetro para inferir o grau de eficiência do trabalho desenvolvido pelo juiz, que não basta julgar todos os eventuais processos conclusos, mas de guiá-los de acordo com um prazo razoável, o que depende, sobretudo, dos atos de gestão do serviço forense⁷⁸⁰.

5.1.9.1. Audiência una de instrução e julgamento

No desiderato de simplificar e concentrar, na medida do possível, os atos processuais, a Lei nº 11.719, de 2008, determinou que todas as provas devem ser produzidas em uma única audiência, a ser realizada, no máximo, no prazo razoável de sessenta dias (art. 400, caput, primeira parte, e § 1º, do CPP). Ou seja, não impôs apenas a reunião em uma mesma audiência das inquirições das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela defesa. A determinação vale para todas as provas.

Dessa forma, as declarações do ofendido, os esclarecimentos dos peritos, as acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas, que, assim como a inquirição da testemunha, são provas produzidas oralmente, devem ser colhidas em uma única audiência.

Mas o legislador não se contentou apenas com a produção das provas na audiência. Foi mais além. O interrogatório, que como se viu é um meio de defesa, igualmente, foi inserido como ato a ser realizado na mesma audiência, logo após encerrados os atos de instrução. Assim, o acusado, estando presente à audiência, sendo de seu interesse, deverá ser interrogado, quando terá a oportunidade de defender-se, reportando-se a tudo aquilo que foi produzido em Juízo⁷⁸¹.

Todavia, a Lei nº 12.483, de 2011, ao determinar a inclusão do art. 19-A, caput e parágrafo único, na Lei nº 9.807, de 1999, a par de estabelecer a prioridade na tramitação dos inquéritos e processos em que figure indiciado, acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunha protegidas, preceituou, ainda, que, “Qualquer que seja o rito processual, o juiz, após a citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção previstos nesta Lei, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria pra a instrução criminal.”

O dispositivo contém redação defeituosa, pois, à evidência, qualquer que seja o tipo de depoimento, não haverá de ser logo após a citação, mas sim depois da resposta do acusado. Não é admissível que se dê início à instrução do processo antes que o acusado tenha o direito de exercer a sua defesa. Por outro lado, essa oitiva antecipada, quando for adotada em relação ao acusado colaborador, será bastante prejudicial a ele, que não terá o direito de ser interrogado após tomar conhecimento de todas as provas produzidas contra si. Melhor do que ter alvitrado norma imperativa, deveria o legislador ter previsto a oitiva antecipada como medida facultativa, a ser adotada pelo magistrado quando se faça necessária. Se assim fosse, teria sido preservada a

⁷⁸⁰ O maior problema do Judiciário, em relação à tramitação dos processos, é quanto ao planejamento da gestão do serviço forense. Os órgãos estratégicos do Poder Judiciário, como Conselho Nacional de Justiça, Conselho da Justiça Federal e Escolas da Magistratura, e mesmo entidades de classe da magistratura, faz algum tempo, despertaram para essa questão. O Prêmio Inovare também tem estimulado o planejamento, e consequente divulgação, de práticas eficientes para uma melhor qualidade da prestação jurisdicional, que passa, necessariamente, pela duração razoável dos processos. Boa parte dos juízes tem consciência de que, a par de julgadores, são administradores de uma massa de serviço, que deve ser gerida de acordo com as técnicas modernas de gestão. A informatização do processo, preconizada pela Lei nº 11.419, de 2006, em verdade, possibilita a adoção da tecnologia de Gestão Eletrônica de Documentos — GED, como instrumento indispensável para a simplificação dos atos do processo, com a eliminação de diversas etapas manuais antes necessárias para impulsionar o andamento dos feitos. É a implementação daquilo que se pode denominar processo inteligente. Porém, isso por si só não basta. O juiz, no dia-a-dia, junto com a sua equipe de trabalho, formada por servidores extremamente qualificados, recrutados mediante concurso público, muitos deles com formação superior em Direito e em cursos afins como Administração, Ciências Contábeis, Contabilidade, Psicologia, Pedagogia etc., deve debater e procurar encontrar meios de tornar o serviço mais racional e eficiente, tudo com base em dados estatísticos e o estabelecimento de metas a serem atingidas.

⁷⁸¹ O entendimento de que o interrogatório é facultativo está no item 5.1.5.9, supra.

audiência una, que é técnica de fundamental importância para a tramitação simplificada e célere do processo. Fracionar os depoimentos, decididamente, não é boa solução, principalmente com a adoção da oralidade. Se a intenção é evitar que a pessoa protegida, em razão da audiência, mantenha contato com outras testemunhas, bastava dizer que a pessoa não deveria ser ouvida na mesma assentada. Ou seja, a pessoa poderia ser ouvida no mesmo dia, em horário diferente, por exemplo, no período matutino ou vespertino. Aliás, acreditamos que se deve realizar a oitiva antecipada no mesmo dia reservada para a instrução e julgamento, apenas em horários bem diferentes, de preferência, pela manhã, com o prosseguimento da instrução pelo período da tarde. Essa certamente é a melhor solução para o caso. Até porque, se, como aqui defendido, o depoimento, salvo no caso de produção antecipada de prova, que é outra coisa (art. 156, I, do CPP)⁷⁸², só pode ser marcado depois da apresentação da resposta do acusado, e não propriamente após a citação, o juiz já pode designar a data para a realização da audiência de instrução e julgamento.

Como não se trata apenas de *audiência de instrução*, mas de *audiência de instrução e julgamento*, determinou-se, ainda, como regra, que as razões finais das partes e a sentença sejam apresentadas em audiência.

Na dinâmica dos trabalhos, os atos praticados na audiência devem adotar a seguinte ordem, estabelecida no caput do art. 400, do Código de Processo Penal:

- a) Declarações do ofendido, se possível.
- b) Inquirição das testemunhas, primeiro as arroladas pelo Ministério Público, em seguida as designadas pela defesa.
- c) Esclarecimentos dos peritos⁷⁸³.
- d) Acareações.
- e) Reconhecimento de pessoas e coisas.
- f) Interrogatório do acusado.
- g) Requerimento de diligências.
- h) Alegações finais.
- i) Sentença.

Essa é a ordem a ser seguida na realização da audiência. A decisão sobre as provas que deverão ser produzidas na audiência de instrução e julgamento é aquela tratada no art. 399. Para não repetir o que já foi aqui exposto, merece ser lembrado o que escrito no tópico 5.1.7, especialmente no item 5.1.7.2, supra.

Todas as provas a serem produzidas na audiência devem ser requeridas e especificadas, as do Ministério Público, na denúncia, as da defesa, na resposta, mesmo em se tratando de pedido de esclarecimentos de perito. Com efeito, como a perícia, de regra, é feita na fase do inquérito policial, se o Ministério Público quer esclarecimentos por parte do perito, deve fazer o pedido no oferecimento da ação penal. De igual forma, se a pretensão é da defesa, manifestação nesse sentido deve ser feita com a resposta. No § 2º do art. 400 do Código de Processo Penal está preceituado, apenas, que “Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.” Não diz, porém, qual o momento desse *prévio requerimento* e não era o caso mesmo de dizer, a não ser que fosse para repetir que deve constar, se se trata de perícia realizada no inquérito policial, da ação penal, quando requerida pelo Ministério Público, ou da resposta, caso o pedido seja da defesa.

Porém, em relação aos esclarecimentos dos peritos, o legislador imaginou regra específica, que resultou em tratamento ilógico⁷⁸⁴. O inciso I do § 5º do art. 159 do Código de Processo Penal, enxertado pela Lei nº 11.690, de 2008, diz que às partes é permitido, *no curso do processo*, requerer a oitiva dos peritos em audiência, para fins de esclarecimentos quanto à prova ou para responderem a quesitos. Esse § 5º não constou da proposta da Comissão de Reforma, tendo

⁷⁸² Cf. item 5.1.8.1, supra.

⁷⁸³ Embora esteja no plural, a Lei nº 11.690, de 2008, modificou a regra anterior do art. 159, caput, de modo que, agora, basta que os trabalhos periciais sejam feitos por um único perito. Cf. item 5.1.8.3.1, supra.

⁷⁸⁴ Cf. item 5.1.8.3, supra.

sido inserido pelo Legislativo⁷⁸⁵.

Ao utilizar a expressão *no curso do processo*, parece evidente que o legislador quis ressaltar que esse pedido não precisa ser feito na ação penal, se pelo Ministério Público, ou na resposta, se pela defesa. Não foi essa a proposta feita pela Comissão de Reforma. O pedido de esclarecimentos a ser feito *no curso do processo* só tem sentido em relação à eventual perícia que tenha sido realizada depois do inquérito policial, ou seja, na fase do processo. Se a perícia foi elaborada *no curso do processo*, evidentemente, o pedido não poderia ter sido manifestado na ação penal ou na resposta⁷⁸⁶. Portanto, só nessa hipótese é que se pode admitir que o pedido de esclarecimento seja esboçado, por qualquer das partes, *no curso do processo*.

Todavia, sem fazer a necessária distinção, estabelece a lei, como regra específica para o pedido de esclarecimento a perito, que o mandado de intimação endereçado ao experto, contendo os quesitos ou as questões a serem esclarecidas, seja cumprido com, no mínimo, dez dias de antecedência da audiência de instrução e julgamento.

Na sugestão proposta para o art. 400 do CPP, que findou aprovada, a Comissão de Reforma já tinha colocado os esclarecimentos do perito dentre os atos possíveis de realização na audiência de instrução e julgamento. Como a lógica da proposta era de que todas as provas fossem especificadas na ação penal ou na resposta (art. 396-A), não tinha sentido dizer que, no caso de esclarecimentos solicitados ao perito, o momento seria no curso do processo. Por que essa diferença de tratamento em relação à regra geral de que todas as provas requeridas devem ser feitas, se pelo Ministério Público, na denúncia, se pela defesa, na resposta? Não tem justificativa plausível. Aqui, mais uma vez, o Parlamento, ao promover inovação em relação à proposta da Comissão de Reforma, desapartou-se da lógica que comandou os trabalhos desta.

O pior é que o legislador afirmou que o pedido de esclarecimento pode ser feito *no curso do processo*, não dizendo, portanto, quando. Contentou-se em asseverar que o requerimento será atendido “... desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhadas com antecedência mínima de 10 (dez) dias ...” (art. 159, 5º, I, do CPP). É um prazo canhestro. O prazo estabelecido não é para que o requerimento seja protocolado em Juízo com dez dias de antecedência da data da audiência, mas para que o mandado de intimação, nesse prazo, esteja cumprido. Então, por conclusão lógica, tendo em consideração os prazos prescritos no Código de Processo Penal para a prática dos atos processuais, o requerimento tem de ser feito com, no mínimo, 21 dias de antecedência da data marcada para a audiência⁷⁸⁷.

A necessidade de acareação, naturalmente, se dá apenas em relação ao que foi produzido no processo. Assim, só vai ser possível saber de sua necessidade, ou não, na audiência, a depender do que cada uma das testemunhas disser. Portanto, o pedido de acareação, se for o caso, será feito na própria audiência. Em rigor, o juiz deveria, terminado o depoimento da testemunha, determinar que ela ficasse aguardando o final dos depoimentos das demais testemunhas, pois a sua eventual liberação pode frustrar a acareação, com a conseqüente necessidade de designação de nova data para a realização da audiência. Mas isso não é razoável, na medida em que a acareação no processo penal é medida excepcional, além de, no mais das vezes, não apresentar nenhum resultado satisfatório⁷⁸⁸. De toda maneira, quando o juiz, diante do que consta do inquérito policial, notar a existência de divergências entre os testemunhos, pode, com antecedência, dependendo evidentemente do que for afirmado pela testemunha, verificar se é o caso, ou não, de, por cautela, determinar a sua permanência em Juízo, para, se for o caso, participar da acareação. Mas, repita-se, a acareação é ato por demais raro, especialmente na fase judicial.

⁷⁸⁵ A Comissão de Reforma, em sua sugestão, encaminhada pelo Executivo como anteprojeto de lei, só previa três parágrafos para o art. 159 do CPP.

⁷⁸⁶ Obviamente, não há a menor possibilidade lógica de, devido a pedido contido na ação penal, ser realizada uma perícia no curso do processo, antes de apresentada a resposta pela defesa.

⁷⁸⁷ De acordo com os arts. 799 e 800, II, do CPP, são dois dias para juntada da petição e conclusão ao juiz, com mais cinco para a decisão interlocutória simples, mais dois dias para expedição do mandado de intimação e, por fim, mais dois dias para o seu cumprimento, pelo oficial de justiça.

⁷⁸⁸ Cf. item 5.1.8.6, supra.

Tem-se afirmado que não há como se realizar, em audiência única, todos esses atos. Há quem diga que não é possível, em uma audiência só, realizar todos esses atos, até mesmo pela própria impossibilidade material. Primeiro, raramente há a realização de acareação⁷⁸⁹, assim como o reconhecimento de pessoas ou coisas e mesmo o pedido de esclarecimentos de peritos. Quando há o reconhecimento, geralmente é pessoal, que é um ato sem maior complexidade⁷⁹⁰. Comumente, na audiência são prestados os depoimentos apenas do ofendido, das testemunhas e, por último, como defesa, do acusado.

Por fim, merece esclarecimento que audiência una não se confunde com a realização desse tipo de ato processual em um único dia. Ela pode ser una, porém, desenvolvida em mais de um dia sucessivo, conforme expendido no item seguinte.

5.1.9.1.1. Audiência una em dias sucessivos

Em rigor, a determinação para que a audiência, no procedimento ordinário, seja una, não difere praticamente em nada da que era prevista para o rito sumário, na redação originária do Código de Processo Penal. Na sistemática anterior, nos processos que seguiam o rito sumário, os depoimentos das testemunhas arroladas tanto pelo Ministério Público quanto pela defesa, bem assim as razões finais de ambas as partes, eram todos atos processuais realizados em uma única audiência. Alguns juízes, nesses casos, proferiam sentença na própria audiência, e muitos assim procediam quando era caso de absolvição⁷⁹¹.

O ato a mais que, de regra, haverá é quanto ao interrogatório do acusado. Mas isso é compensado com a adoção do sistema do *cross examination*. Atente-se que, no sistema presidencial, só o juiz podia fazer as perguntas diretamente às testemunhas. Dessa forma, as partes faziam suas perguntas ao juiz, que tratava de reperguntá-las às testemunhas. Como se isso não bastasse, após a resposta, o juiz tinha, ainda, que ditar para o escrivão ou quem as suas vezes fizesse, o que deveria ficar consignado no termo de assentada. Essa forma era extremamente burocrática e tornava, por isso mesmo, a audiência excessivamente demorada. Podendo as partes fazer as perguntas diretamente às testemunhas, a audiência flui com muito mais rapidez.

Porém, o que torna a audiência decisivamente mais rápida e ágil é a possibilidade de a documentação de todos os depoimentos ser feita pelo sistema audiovisual, sem a necessária gravação de seu conteúdo⁷⁹². Adotada essa tecnologia, não há necessidade de o juiz fazer o ditado do que deve constar como resposta das pessoas ouvidas em audiência, o que, por si só, permite que esse ato processual seja concluído em tempo sobremaneira menor do que quando era feito no modo tradicional.

Ainda assim, dependendo do número de testemunhas e de acusados, enfim, de atos a serem realizados em audiência, é preferível, tal como se faz em relação ao tribunal do júri, o juiz marcar o início da audiência para o período matutino, com prolongamento pelo vespertino. O que não tem sentido é, diante do número de testemunhas, separar as arroladas pelo Ministério Público das indicadas pelo acusado, a fim de ouvi-las em mais de uma audiência, designadas para datas com certa distância temporal.

Se for o caso, o juiz deve, até mesmo, quando marcar a audiência, diante da quantidade de atos a serem realizados, já fazer a previsão de que ela irá se prolongar por mais de um dia, com pausa para as refeições e o descanso noturno, da mesma forma como se faz em relação às sessões do tribunal do júri. Sendo necessário, a audiência deve compreender mais de um dia sucessivo, tantos quantos forem necessários para o encerramento da instrução e, se for o caso, para o

⁷⁸⁹ A acareação, pela forma como foi concebida em nosso sistema, é hipótese rara de ocorrer. Cf. item 5.1.8.6, *infra*.

⁷⁹⁰ Cf. 5.1.8.7, *supra*, na parte em que fala do reconhecimento de pessoa em Juízo.

⁷⁹¹ Muitos juízes alegam que, quando se trata de sentença condenatória, diante da dosimetria da pena, o melhor é deixar para redigir a sentença no gabinete. Agora, não poderão mais fazer essa justificativa.

⁷⁹² Cf. item 5.1.9.1.1, *infra*.

consequente julgamento⁷⁹³.

A reforma global imaginada para o Código de Processo Penal, ainda que feita por tópicos, é global e é, antes de tudo, cultural⁷⁹⁴. A mudança de paradigma em relação à forma de realização das audiências tem destaque todo especial. Se ela não for una, a ideia de simplificação e concentração dos atos processuais estará severamente comprometida.

Os juízes têm de compreender que, com a nova disciplina, pelo menos em comparação ao que era antes, vão passar mais tempo em audiência do que em gabinete. Da mesma forma, em regra, a maioria das sentenças será proferida em audiência.

5.1.9.1.2. Documentação da audiência e sistema audiovisual

A maior burocracia dos processos em geral se concentra nas formas adotadas para a documentação dos atos realizados durante todo o seu trâmite. São vários e vários papéis e, até mesmo, em plena era eletrônica, carimbos e mais carimbos. Quem conhece de perto o funcionamento do Judiciário sabe que grande parte dos problemas que afetam o desenvolvimento mais célere do processo se concentra no modo como são documentados os atos processuais. Na parte das audiências, então, a burocracia era em demasia.

No modelo tradicional, que vigorava antes da reforma, feita a pergunta e dada a resposta pela pessoa inquirida (autor, réu, vítima ou testemunha), o juiz ditava para o funcionário o que deveria ficar documentado no termo de audiência. Ou seja, o que ficava documentado era o que o juiz havia ditado e não aquilo que realmente fora afirmado pela pessoa ouvida. Nada obstante a seriedade e o talento do juiz, mesmo procurando ser fiel à resposta fornecida, ainda assim, o que constava no termo de assentada era aquilo que ele próprio ditou, e não o depoimento *in natura* da pessoa ouvida em Juízo. Por isso se dizia, não sem razão, que o termo de depoimento era apenas a *sombra* do que fora respondido, não a sua essência, não só porque não se sabia o quê e como exatamente a pessoa respondera a pergunta (tom da voz, expressões corporais, segurança ou insegurança etc.), mas também porque, de regra, sequer a própria pergunta era consignada no termo.

A fim de sanar essa incongruência, a Lei nº 11.419, de 2006 (Lei de Informatização do Processo), acrescentou o § 2º ao art. 169 do CPC de 1973, para esclarecer que, quando se tratar de processo informatizado, os atos “poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico”. Não fosse a circunstância de a gravação sem a necessidade da de gravação posterior, representar economia de tempo de audiência e de trabalho extenuante da secretaria, que não mais precisará de gravar os depoimentos colhidos, essa prática é salutar, pois permite que se tenha a exata compreensão do contexto em que foram dadas as respostas pela pessoa inquirida, o que confere maior transparência e segurança à prestação jurisdicional, especialmente para o reexame, por via do recurso, dos aspectos factuais esclarecidos pela prova colhida com o depoimento.

Todavia, poucos juízes passaram a adotar esse novo modelo, de gravação das audiências, uma vez que restou firmado o entendimento de que, devido ao que constava do § 1º do art. 417 do CPC de 1973, também objeto da Lei nº 11.419, de 2006, em caso de recurso, teria de ser feita a de gravação do áudio. Esse entendimento fez com que o sistema de gravação das audiências fosse abandonado pelos juízes, pois o trabalho de transcrição da gravação, além de demorado, é sobrecarregado: em média, para um minuto de gravação, leva-se dez para de gravar. Caso fosse exigida a de gravação, o melhor seria continuar com o modelo do ditado, pois a redução a termo dos depoimentos, em momento posterior, além de ocasionar excessiva carga de serviço para a

⁷⁹³ Quando for processo em que a audiência se realizar em dias sucessivos, a complexidade quanto à compreensão de todo o arcabouço probatório poderá ensejar que se aplique a exceção à regra contida no art. 403, § 3º, do Código de Processo Penal, de modo que as razões finais sejam apresentadas por memoriais, assim como a sentença seja proferida em gabinete. Cf. 5.1.9.6, *infra*.

⁷⁹⁴ Cf. item 3.2, *supra*.

secretaria, ainda ocasionaria a necessidade de intimação do seu teor e a possibilidade de incidente sobre o texto.

Conquanto equivocada essa interpretação⁷⁹⁵, no escopo de eliminar toda e qualquer dúvida quanto à desnecessidade de redução a termo do depoimento gravado em audiência e conferir, por outro lado, melhor possibilidade de conhecimento do contexto em que foram feitas as afirmações dadas pela pessoa inquirida, o § 1º do art. 405 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 11.719, de 2008, deixou consignado que, “Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotípica, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.”

Merece atenção, aqui, a expressão *sempre que possível*, utilizada pelo legislador. Ou seja, a regra é que se deve lançar mão dessas técnicas modernas de documentação, quando houver possibilidade. Só quando não houver condições de adotá-las, é que o juiz deverá determinar que o registro desses atos processuais seja feito pelo meio tradicional, qual seja, por meio de ditado.

Sendo mais claro a respeito de qual, dentre as técnicas mencionadas para a documentação dos atos orais produzidos em audiência, deveria ser a preferida, no final do § 1º do art. 405 do CPP (Lei nº 11.719, de 2008), previu-se o registro dos depoimentos pela técnica (inclusive) audiovisual, *destinada a obter maior fidelidade das informações*. O sistema de gravação de som e imagem, assim, foi considerado técnica a ser utilizada, sempre que possível, tendo como finalidade *obter maior fidelidade das informações*. Essa tecnologia deve ser preferida, então, às demais formas possíveis, porquanto, nesse caso, a prova colhida, diante da forma adotada, por presunção eleita pelo próprio legislador, apresenta maior fidelidade.

Para deixar bem claro que o sistema audiovisual deve ser o escolhido para a documentação dos depoimentos, no § 2º do art. 405 do Ordenamento Processual Penal, de forma cogente, está inscrito que “No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição”. Assim, na seara criminal, não há necessidade de transcrição nos autos dos depoimentos, bastando, para tanto, que os depoimentos sejam tomados pelo sistema audiovisual, que é aquele eleito pelo legislador como o mais adequado para *obter maior fidelidade das informações*.

O temor expressado na edição anterior era de que os juízes tivessem receio de adotar essa regra e que os tribunais não acompanhassem essa evolução normativa de fundamental importância para a simplificação e agilização do processo criminal, indispensável para o aprimoramento da prestação jurisdicional e o cumprimento da cláusula da duração razoável do processo. A preocupação era de que, em razão do fetiche pelo papel e carimbos, alguns tribunais, ao receber os autos por força de recurso, determinassem a sua devolução, a fim de que os juízes promovessem a degravação, como se cogitava.

Seja como for, o Conselho Nacional de Justiça, em boa hora, cuidou de realçar, na Resolução nº 105, de 2010, que o juiz não pode ser obrigado a degravar os depoimentos tomados por meio audiovisual. Restou ressaltado, no parágrafo único do art. 2º, que “O magistrado, quando for de sua preferência pessoal, poderá determinar que os servidores que estão afetos a seu gabinete ou secretaria procedam à degravação, observando, nesse caso, as recomendações médicas quanto à prestação desse serviço.” Portanto, um ministro ou desembargador pode determinar a juiz que providencie a degravação.

Note-se, porém, que a leitura literal do dispositivo leva à conclusão de que o que é possível

⁷⁹⁵ O art. 417, do CPC, após dizer, no seu § 1º, que registrado o depoimento por taquigrafia, estenotípica ou outro método idôneo de documentação, no caso de recurso, ele deverá ser passado para a versão datilografada, esclarece, no § 2º que, “Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei.” O § 2º do referido dispositivo, que é o que interessa para o momento, expõe que “Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável ...” Por conseguinte, a ressalva do § 1º do art. 417 do CPC não se aplica, na hipótese em que a gravação é feita em processo total ou parcialmente eletrônico, pois, nesse caso, a norma pertinente é aquela alvitada pelo § 2º do art. 169 do mesmo Diploma Legal.

de ser documentado pelo sistema audiovisual ou por quaisquer das técnicas previstas § 1º do art. 405 do CPP, são os depoimentos. Aí se inclui, ainda, quando houver, o ato de reconhecimento de pessoas e coisas⁷⁹⁶. Não, porém, as razões finais e a sentença.

Dessa forma, em princípio, tanto as razões finais quanto a sentença, conquanto elaboradas em audiência, não seriam orais, mas escritas, de modo que, mesmo se elaboradas verbalmente na própria audiência, deveriam ser reduzidas a termo. Penso que nada impede que se entenda pela possibilidade de as razões finais também serem orais. Aliás, tudo recomenda que assim seja, em nome de princípio da oralidade, preceito ainda experimentando os primeiros passos em nosso sistema.

Ainda que se entenda pela possibilidade de documentação das razões orais igualmente pelo sistema audiovisual, no nosso entendimento a sentença deve ser escrita, ainda que exarada em audiência. Aliás, o NCPC, conquanto tenha deixado expresso que “A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou análogo...” (art. 367, § 5º), antes, no caput do art. 367, esclareceu que o termo de audiência deverá conter, “... por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferidas no ato”, ou seja, na audiência.

Naturalmente, esse dispositivo deve ter aplicação subsidiária no processo penal, ainda que neste a regra normativa não seja tão incisiva, na medida em que apenas salientou que deverá ser lavrado o termo de audiência, contendo a identificação do processo, das pessoas que dela participaram e *breve resumo dos fatos relevantes* ocorridos durante a sua realização (art. 405, caput, do CPP). Inadvertidamente, restou consignado, no dispositivo, que esse termo de audiência deverá ser lavrado em *livro próprio*, quando na maioria dos fóruns esse registro é eletrônico. Quando muito, por exigência da corregedoria, faz-se a impressão de cópia do termo eletrônico, para fins de colocá-la em uma pasta de audiências.

Aliás, o processo eletrônico já é uma realidade igualmente nos processos criminais. Há juízos federais de primeiro grau em que não há mais tramitação de nenhum processo criminal em papel.

O sistema audiovisual não apenas é instrumento fundamental para desburocratizar, simplificar e dar uma dinâmica mais célere na realização da audiência, como é imprescindível para que seja observado o princípio da oralidade. Note-se que a oralidade, a despeito de ser erigida como um dos princípios orientadores do sistema processual penal, em verdade, não tinha nenhum prestígio em nosso meio, sequer no processo civil. Em verdade, o nosso sistema processual penal era eminentemente escrito e de oralidade não tinha absolutamente nada, a não ser em relação ao tribunal do júri, mesmo assim, quanto aos debates das partes⁷⁹⁷.

Diz-se que um ato é praticado pelo meio oral, quando não há a necessidade de sua documentação pela forma escrita. Se, quando o ato, praticado oralmente, para a sua documentação nos autos, for exigida a sua redução a termo, em verdade, a forma é a escrita, não a oral.

Assim, conquanto a prova testemunhal, seja no processo penal, seja no cível, fosse produzida de acordo com o princípio da oralidade, a sua documentação e a sua existência na qualidade de prova para fins de valoração eram escritas.

Por que em relação aos depoimentos, quanto à sua produção, o Código de Processo Penal, desde a sua redação originária, determinou que fosse utilizada a forma oral? Ora, para que o depoimento fosse mais fiel e espontâneo e para que se pudesse saber o efetivo contexto em que as afirmações foram feitas, o que não ocorreria se permitido fosse que o depoente levasse, por escrito, aquilo que quisesse dizer. Por que, então, se determinou que ficasse no processo não aquilo que a testemunha, diante do contexto das perguntas, disse de forma efetiva e espontânea, mas sim o que foi ditado pelo juiz? Porque não existia técnica melhor.

Agora há. Não só os depoimentos podem ser produzidos oralmente, como igualmente há tecnologia disponível para que essa prova seja documentada sem que ela perca a característica da oralidade. Documentar os depoimentos pelo sistema audiovisual significa materializar o princípio

⁷⁹⁶ Cf. item 5.1.8.7, supra.

⁷⁹⁷ Apenas os debates das partes não precisavam ser reduzidos a escrito.

da oralidade no processo penal. O exame dos depoimentos, quer na primeira, quer na segunda instância, será feito tal como se deu a sua colheita, não na forma escrita, que, a despeito de ser a representação por códigos do que foi afirmado pela pessoa, não passa de um resumo das afirmações do depoente, reputadas pelo juiz como as mais importantes.

5.1.9.1.3. Teleaudiência ou audiência no modo remoto

Para além da informatização do processo como forma de amplo acesso ao judiciário e maior publicidade, em decorrência das medidas de isolamento social necessárias para minimizar os efeitos da pandemia mundial provocada pela Covid-19, os tribunais passaram a adotar a realização dos atos processuais por meio da teleaudiência, que se trata de um *plus* em relação à videoconferência. Na teleaudiência, nenhum dos sujeitos do processo, principais (juiz e partes) ou secundários (servidores e testemunhas etc.) precisa estar fisicamente na sede do Judiciário, ainda quando se trata de carta precatória.

Com a sistemática da teleaudiência, nos processos criminais, independentemente de o acusado estar preso, tato o preso quanto as testemunhas passaram a prestar os seus depoimentos a partir de suas próprias residências ou escritórios, mediante o acesso da plataforma disponibilizada para a realização da audiência. O mesmo se aplicando em relação aos membros do Ministério Público e aos advogados, públicos e privados. Os atos processuais foram realizados com pleno sucesso, apresentado significativas vantagens em relação ao modelo tradicional.

Aliás, mesmo antes do período da pandemia originado pela Covid-19, em várias situações especiais, os juízes admitiam que o ato processual fosse praticado por testemunhas e acusados do local em que se encontravam.

Nesse período da pandemia, mostrou-se ser muito mais conveniente colher-se o depoimento de um médico, por exemplo, do próprio consultório dele, fazendo com que o seu afastamento de sua atividade profissional fosse mínimo. Para além de agilizar a realização da audiência, isso representa um ganho para a sociedade, que não vai ficar privada do trabalho médico por um período maior do que o necessário. E cabe observar que essa ponderação diz respeito tanto ao médico no atendimento privado como na qualidade de agente que presta serviço em um hospital público.

Essa observação se aplica, igualmente, a agentes que prestam serviços nos órgão de segurança pública, que comumente são chamados para prestar depoimento sobre atos que foram por eles presenciados, primordialmente em relação às investigações decorrentes de autos de flagrante.

Indo mais além, há de se ter presente que é muito mais cômodo e mesmo desejável que uma pessoa preste o depoimento a partir de sua própria residência, sem mencionar que representa menos custo para quem é chamada a cooperar com o julgamento. Uma pessoa carente para se deslocar até o Judiciário tem de pagar passagem de ônibus e, dependendo da distância, até mesmo ficar privada por longo período sem alimentação e sem a possibilidade de prestar o seu serviço, o que nem sempre é compreendido pelo seu empregador.

Muitos juízes pretendem, mesmo após o período de isolamento social imposto pela pandemia do novo coronavírus (2019-nCoV), manter a realização de audiências no formato de teleaudiência, ainda que apenas para alguns dos sujeitos do processo, evitando, por exemplo, que a testemunha tenha de se deslocar de sua residência até a sede do fórum, a fim de ser inquirida.

Por isso mesmo, a fim de dar respaldo a essa iniciativa, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 341, de 2020, disciplinou a matéria. Adequadamente, no art. 2º definiu como *videoconferência* “a comunicação a distância realizada em ambientes de unidades judiciárias” (inciso I) e *teleaudiência* com “as audiências ou sessões realizadas a partir de ambiente físico externo às unidades judiciárias”.

Conquanto a disciplina contida no ato normativo em causa merecer críticas, pois condicionou a possibilidade de realização da audiência telepresencial à aceitação das partes,

salientou que a oposição quanto a essa forma de materialização do ato processual há de ser motivada, submetendo-se ao controle judicial.

5.1.9.2. Adiamento da audiência em razão de impossibilidade da presença do advogado

Nos termos da redação originária do Código de Processo Penal, nenhuma audiência deveria ser adiada, devido ao não comparecimento de quem dela deveria participar. A preocupação do legislador com esse aspecto era tal que, mesmo quando a falta de comparecimento fosse do advogado de defesa, esse acontecimento não era suficiente para adiar qualquer ato do processo, aí incluída, naturalmente, a audiência (art. 265, parágrafo único, do CPP). Era irrelevante a circunstância de o advogado possuir, ou não, justificativa para não comparecer à audiência. O ato não seria adiado, devendo o juiz "... nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato." (art. 265, parágrafo único, parte final, do CPP).

Essa norma era criticada por alguns doutrinadores, especialmente após a edição da Constituição de 1988, ao argumento de que ela se traduzia em cerceamento de defesa, ao passo que, de certo modo, legava tratamento desigual, pois, quando a falta de comparecimento era do Ministério Público, mesmo que sem justificativa, a audiência tinha de ser adiada.

Como agora a audiência é de instrução e julgamento, o legislador abrandou a regra. Para tanto, foram inseridos, por obra da Lei nº 11.719, de 2008, dois parágrafos ao art. 265 do CPP. O § 1º para dizer que "A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer." Esse dispositivo merece atenção em dois aspectos. O fato em si de o defensor do acusado não comparecer à audiência, por si só, não acarreta o adiamento. É preciso que esse motivo seja justificado. Naturalmente, pode ser problema de saúde ou, até mesmo, profissional, quando houver outra audiência marcada anteriormente, para o mesmo dia e hora. O verbo *poderá*, empregado no texto, quer dizer que o juiz irá decidir se o motivo apresentado *justifica*, ou não, a falta de comparecimento, para fins de trazer, como consequência, o adiamento da audiência. Vai depender do caso concreto.

O § 2º inserido ao art. 265 do CPP se destinou a determinar o prazo para provar o impedimento quanto ao comparecimento pelo defensor, qual seja, *até a abertura da audiência*. Se não for provado o impedimento ou, ainda que sendo, o juiz entender que não há justificativa para o não comparecimento, a audiência será realizada, devendo ser nomeado defensor para participação na audiência. Não é razoável que o advogado, sabendo do impedimento de seu comparecimento à audiência, deixe para fazer o requerimento de adiamento apenas no dia, na abertura da audiência. Isso é uma descortesia com todos, especialmente com as testemunhas, muitas delas tendo de se deslocar de longe e de deixar de trabalhar para estar presente à audiência. É ainda mais incompreensível esse comportamento do advogado, quando no processo há outros acusados, com advogados diferentes. Deixando para fazer a comunicação no dia, os demais advogados ficam prejudicados, perdendo tempo em ir ao Juízo para uma audiência que poderia ter sido adiada com antecedência.

Quando o pedido de adiamento se faz com o argumento de que há outra audiência marcada para o mesmo dia e hora, é importante verificar em relação a qual das duas o advogado foi intimado antes. Em rigor, só é válido ele pedir o adiamento daquela para a qual ele foi intimado posteriormente. Vale aqui, também, verificar a partir de quando o advogado tinha conhecimento de que as duas audiências estavam marcadas para o mesmo dia.

O termo "*poderá*" utilizado pelo legislador serve para o juiz avaliar essas questões e o eventual prejuízo para a defesa do acusado, diante da ausência de seu advogado constituído e para, independentemente da decisão quanto ao adiamento da audiência, que sejam feitas considerações sobre a intenção procrastinatória do advogado, o que, infelizmente, não é raro.

Imagine-se que a audiência seja relativa ao cumprimento de uma carta precatória, destinada à oitiva de testemunha de defesa, a qual nada sabe sobre os fatos discutidos no processo,

senão sobre as condições pessoais do acusado. A realização da audiência nesse caso, mesmo havendo motivo legítimo do advogado para não estar presente, não gera prejuízo para a defesa do acusado, solução que deve ser alvitrada, na hipótese em que a pauta de audiências do Juízo estiver muito extensa, de modo que o adiantamento levaria à necessidade de aprazá-la para uma data que não seria razoável.

Diferente é a hipótese de uma audiência de instrução e julgamento, que, em princípio, não pode ser realizada sem a presença do advogado constituído, quando ele tem motivo justificado para não comparecer.

Como devido às novas regras, as razões finais, de ordinário, são feitas na própria audiência, não adiar a audiência quando o defensor do acusado tem motivo legítimo para não comparecer à audiência seria uma ofensa clara ao princípio da ampla defesa, no que diz respeito à defesa *efetiva e eficiente*⁷⁹⁸. Nesse caso, ao definir nova data, é conveniente que o juiz determine a intimação da Defensoria Pública, a fim de que ela se inteire do processo e compareça à audiência, com isso evitando novo adiamento.

O que é inaceitável é o fato de o legislador não ter tido o cuidado de revogar, expressamente, o parágrafo único do art. 265 do CPP. Mais uma vez o legislador se mostrou extremamente desatento, sendo importante ressaltar que a Comissão de Reforma não propôs a alteração do referido comando normativo, tendo sido a atecnia obra exclusiva do Parlamento.

Mas é evidente que o parágrafo único do art. 265 do CPP está revogado, até porque não se pode ter os §§ 1º e 2º e, ainda, um parágrafo único. O texto do parágrafo único, se fosse o caso, deveria ser colocado como § 3º. Mas, como se disse, o seu conteúdo é frontal e inteiramente incompatível com o dos dois que o antecedem e que foram introduzidos pela Lei nº 11.719, de 2008. O parágrafo único em referência está, portanto, revogado, mas tudo isso revela uma incrível e inaceitável falta de sistematização no trabalho desenvolvido pelo Legislativo. Inserir dois parágrafos em um dispositivo e não cuidar de fazer a devida alteração no texto originário que contava com um parágrafo único, é erro crasso, máxime quando os conteúdos são substancialmente incompatíveis.

5.1.9.3. Ordem de inquirição das testemunhas

Assim como era anteriormente, com a nova disciplina para a audiência, trazida com a Lei nº 11.719, de 2008, naturalmente, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público são ouvidas antes das indicadas pela defesa.

Com a nova lei, essa ordem de inquirição das testemunhas ficou expressamente definida no caput do art. 400 do Código de Processo Penal, ao dizer que se procede, após *a tomada de declarações do ofendido*, “... à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código...”

O art. 222 do Código de Processo Penal, no caput, trata da expedição de carta precatória, com o estabelecimento de prazo pelo juiz deprecante para o seu cumprimento, quando a testemunha não residir na sede do Juízo em que tramita o processo⁷⁹⁹. O § 1º do citado artigo cuida de esclarecer que, nada obstante o prazo assinalado pelo Juízo deprecante para o cumprimento da diligência, não há suspensão da instrução criminal⁸⁰⁰. Por fim, no § 2º, o art. 222 do CPP vai mais longe, para

⁷⁹⁸ Cf. item 5.1.5.5, que trata da presença do advogado à audiência.

⁷⁹⁹ A estipulação de prazo pelo juiz deprecante não é inadequada nem afronta a independência do juiz deprecado. Um juiz, com a carta precatória, não dá ordem ao outro. Pede uma colaboração que, em verdade, se traduz em dever funcional para o juiz deprecado. A estipulação do prazo serve para demarcar o espaço de tempo que o juiz deprecante terá de aguardar, até estar habilitado para julgar o processo, independentemente da devolução da carta precatória, como se observa da leitura do 2º do art. 222 do CPP.

⁸⁰⁰ Infelizmente, há juiz que ignora essa regra, de modo que, quando expede carta precatória, só marca a audiência para inquirir as testemunhas arroladas pela defesa, após a devolução da carta precatória, isso tudo em prejuízo da duração razoável do processo. É preciso abandonar essa prática, especialmente em razão das modificações introduzidas pela Lei nº 11.719, de 2008.

dizer que, ultrapassado aquele prazo assinado para o cumprimento da carta precatória, o juiz deprecante poderá proferir o julgamento do processo. De qualquer sorte, para fins de melhor instrução do processo, até para a análise em eventual recurso de apelação ainda não interposto ou que pende de apreciação pelo tribunal, o juiz deve determinar a juntada do depoimento da testemunha aos autos, seja qual tenha sido a sua forma de documentação, mesmo depois de proferida a sentença⁸⁰¹.

Essa ressalva expressa de aplicação do art. 222 que consta do caput do art. 400, ambos do Código de Processo Penal, não constava da proposta sugerida pela Comissão de Reforma. A sua inclusão foi uma sugestão da Associação dos Juizes Federais do Brasil — AJUFE, a fim de deixar claro que o art. 222, em sua inteireza, teria plena aplicação como exceção à regra da ordem de inquirição de testemunhas. Por conseguinte, a circunstância de ter sido expedida carta precatória para a inquirição de testemunha arrolada pelo Ministério Público não acarreta, como consequência, a impossibilidade de marcar-se, antes de seu cumprimento, a realização da audiência de instrução e julgamento.

Aqui foi recomendado que o juiz, ao decidir pelo recebimento da ação penal deve, se for o caso desde logo, marcar a data de realização da audiência de instrução e julgamento⁸⁰². Nesse caso, o mandado expedido será de citação e intimação. Quando há a necessidade de inquirição de testemunha arrolada pelo Ministério Público por meio de carta precatória, o juiz deve determinar ainda, na mesma decisão, a expedição da carta precatória. Por racionalidade, deve determinar que a secretaria só providencie o envio da carta precatória para fins de inquirição de testemunhas ao Juízo deprecado, após a apresentação da resposta pelo acusado, até porque esta peça de defesa deve constar da carta⁸⁰³.

Por conseguinte, ainda que recomendável que o juiz, no ato de recebimento da exordial, determine logo a expedição da carta precatória, de qualquer forma, o seu envio não poderá ocorrer antes da apresentação da resposta pela defesa, sob pena de claro prejuízo para o acusado. Na expedição da carta precatória, como o juiz do processo já sabe a data em que será realizada a audiência a ser por ele presidida, deve ser estipulado como prazo para o seu cumprimento, data anterior à marcada para a realização da instrução e julgamento do feito. Uns cinco dias antes é o suficiente.

Seguindo essas cautelas, em muitos dos casos, quando realizada a audiência de instrução e julgamento, a precatória já terá sido devolvida. Se não, mesmo sem o cumprimento da carta precatória, o juiz poderá julgar o processo em audiência. Se o prazo assinalado para o cumprimento da carta precatória não tiver sido exaurido, em hipótese alguma o juiz poderá julgar, em audiência.

Critica-se o fato de ser possível o julgamento do processo independentemente do cumprimento da carta precatória, especialmente quando se trata de testemunha arrolada pela defesa, ao argumento de que se trata de cerceamento do direito à ampla defesa, por deficiência do funcionamento do próprio Poder Judiciário. Essa crítica, não há de negar-se, procede. O juiz só deve tomar essa decisão de julgar independentemente do cumprimento da carta precatória, quando não tiver qualquer sinalização de que o testemunho que ainda não foi colhido é de fundamental importância. Caso tenha essa sinalização, dependendo do conjunto probatório do processo, terá de oficiar ao Juízo deprecado, explicitando a situação e, com a estipulação de novo prazo, solicitar, uma vez mais, o cumprimento da diligência.

Se o convencimento do juiz for quanto à absolvição, então, em princípio, o julgamento sem o cumprimento da carta precatória não traz nenhum prejuízo para a defesa. De qualquer forma, ainda que condenatória a sentença, se o depoimento da testemunha for efetivamente de fundamental importância para a solução do processo, a carta precatória cumprida posteriormente pode subsidiar habeas corpus ou mesmo a revisão criminal, dois tipos de ação autônoma de

⁸⁰¹ O depoimento colhido na carta precatória poderá servir, se for o caso, para a interposição de habeas corpus ou revisão criminal.

⁸⁰² Cf. itens 5.1.3.2 e 5.1.7.2, *supra*.

⁸⁰³ Essa providência evita que, após o recebimento da resposta do acusado, seja dado novo despacho, determinando a expedição da carta precatória.

impugnação à sentença, a última só quando houver formação de coisa julgada, que podem, a todo e a qualquer tempo, ser ajustadas, para fins de modificação da decisão.

5.1.9.4. Alteração da ordem de inquirição das testemunhas, devido ao não comparecimento de testemunha arrolada pelo Ministério Público.

A leitura atenta do art. 400, caput, do Código de Processo Penal, dá a entender que a ordem estabelecida para a inquirição das testemunhas, primeiro as indicadas pelo Ministério Público, depois as arroladas pela defesa, somente pode ser alterada quando for o caso de expedição de carta precatória.

O art. 535 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008, que é norma específica para o procedimento sumário⁸⁰⁴, deixou consignado que “Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.” Quanto à possibilidade de quebra da ordem prevista para a inquirição das testemunhas, o art. 536 do CPP, também com a redação da Lei nº 11.719, de 2008, assevera que “A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no art. 531 deste Código.” Seguindo a mesma orientação, o § 7º do art. 411 do Código de Processo Penal, em regra específica para o procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri⁸⁰⁵, repete que “Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer” e, no § 8º, esclarece que “A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no caput deste artigo.”

A leitura apressada do dispositivo em foco pode levar a alguma perplexidade quanto à compreensão do seu efetivo alcance. O legislador poderia ter explicitado a regra em dicção normativa mais clara. Mas, não é difícil perceber, principalmente fazendo-se a análise conjunta dos arts. 535 e 536 do CPP, que a regra ali estabelecida é no sentido de que, em se tratando de procedimento sumário, a testemunha que comparecer a Juízo, independentemente de ter faltado uma das arroladas pelo Ministério Público, será ouvida pelo juiz, sendo, de toda sorte, entre os presentes, obedecida a ordem do art. 531 do Código de Processo Penal.

Como se nota, em três situações o legislador previu a possibilidade de alteração da ordem: (a) se houver expedição de carta precatória para inquirição de testemunha arrolada pelo Ministério Público; (b) no procedimento sumário, se, faltando alguma das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, comparecer uma ou mais das indicadas pela defesa; e (c) no procedimento relativo aos crimes da competência do tribunal do júri, na mesma hipótese prevista para o rito sumário. Uma é regra geral, para todos os procedimentos, a outra, específica, apenas para os processos que seguem o rito sumário e o relativo ao tribunal do júri.

Essas três exceções, que são estabelecidas apenas com o propósito de não paralisar o andamento do processo, demonstram que a sequência estabelecida para a inquirição das testemunhas não é questão de *ordem pública*, de modo que tenha de ser, necessariamente, observada, sob pena de nulidade absoluta. Acredita-se que, diante da maneira como foram redigidos os arts. 400, caput, 535, 536 e 411, §§ 7º e 8º, todos do Código de Processo Penal, qualquer que seja o procedimento, a mera alteração da ordem de inquirição das testemunhas, por si só, não acarretará a nulidade do processo, salvo se ocorrer prejuízo para a defesa, sendo ônus do juiz fazer essa demonstração. No particular, tenho entendimento firmado no sentido de que, quando o ato processual é praticado sem a observância da forma prevista em lei, tratando-se de nulidade

⁸⁰⁴ Está no Título II do Capítulo V, cuja rubrica é “DO PROCESSO SUMÁRIO”.

⁸⁰⁵ Consta do Capítulo II do Título I, com a rubrica “DO PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI”.

relativa, cabe o juiz demonstrar que não houve prejuízo para as partes⁸⁰⁶.

A ordem de inquirição é uma forma prevista em lei que visa estabelecer o modo lógico de produção das provas testemunhais. A inobservância dessa forma, obviamente, não é suficiente para anular a prova colhida, se o escopo almejado pela norma não foi tergiversado. Ademais, tenha-se presente que a testemunha não pertence a quem lhe arrolou. Repita-se, uma vez mais: ela não é do Ministério Público ou da defesa, nem sequer do juiz, mas sim do processo.

Tanto é assim, que o legislador, em lei especial, previu outra hipótese de quebra da ordem de inquirição, a saber, quando se trata de testemunha submetida a programa de proteção que, nesse caso, deve ter o seu depoimento antecipado (art. 19-A, parágrafo único, da Lei nº 9.807, de 1999, com a redação da Lei nº 12.483, de 2011).

Por isso mesmo, a jurisprudência e a doutrina consolidada sobre o tema, tendo em conta a redação originária do Código de Processo Penal, é no sentido de que a eventual modificação da ordem de inquirição das testemunhas, independentemente do tipo de procedimento, gera nulidade apenas relativa, sendo de mister, portanto, para o seu acolhimento, a demonstração de prejuízo para a defesa, sendo esse ônus, consoante sustentado neste livro, da alçada do juiz, que é o responsável pela regularidade do processo. Ainda em relação a essa questão, não se imagina como a inversão da ordem pode prejudicar o Ministério Público.

Assim, mesmo se tratando de procedimento ordinário, se alguma testemunha arrolada pelo Ministério Público não comparecer e houver a insistência quanto ao seu depoimento, o juiz não apenas pode, como deve, fazer a audiência, ouvindo todas as testemunhas que tenham comparecido⁸⁰⁷.

Observe-se que, como a instrução não terá terminado, após ouvir a última testemunha presente, o juiz deverá marcar prosseguimento da audiência para colher o depoimento da testemunha arrolada pelo Ministério Público que não compareceu, quando, só então, será tomado o interrogatório do acusado. Por conseguinte, a defesa terá, de qualquer forma, a possibilidade de refutar tudo o que houver sido dito por todas as testemunhas, notadamente aquela arrolada pelo Ministério Público, que só foi ouvida depois das indicadas pela defesa.

É importante assinalar que, se a defesa sentir que houve prejuízo para o acusado em razão de uma das testemunhas arroladas pelo Ministério Público ter sido ouvida posteriormente às apontadas pela defesa, deverá pedir, ainda em audiência, que é a primeira oportunidade para falar sobre a matéria, que a ou as testemunhas de defesa sejam reinquiridas. Se não o fizer, tem-se por precluída a oportunidade e, como se trata de nulidade relativa, não poderá mais invocá-la.

Nessa hipótese, mesmo sendo modalidade de nulidade relativa, o juiz deve, se for o caso, ainda que de ofício, determinar a reinquirição da ou das testemunhas arroladas pela defesa, assim como deve, sempre, nesse caso de inversão da ordem, indagar da defesa se pretende reinquirir a testemunha de defesa.

5.1.9.5. Requerimento de diligências em audiência

Na sua redação anterior, o art. 499 do Código de Processo Penal determinava que, após a inquirição de todas as testemunhas, no prazo de 24 horas, o Ministério Público e, em seguida, por

⁸⁰⁶ Quanto a essa questão, Gabriel Lucas, em alentado estudo sobre a teoria das nulidades, defende, com desenganado acerto, que, no ambiente do processo penal, o ônus probatório quanto à demonstração do prejuízo pela realização do ato processual com ofensa à legalidade não pode recair sobre o acusado (As nulidades do processo penal a partir da sua instrumentalidade constitucional: (Re) análise dos princípios informadores. Brasil. Owl Editora. Disponível em: www.owl.etc.br/ler_pdf_texto. Acesso em: 31 jul. 2018) Para o autor, em consonância com a instrumentalidade constitucional do processo penal, na hipótese de a o ato processual ser praticado ao arripio da lei, o ônus probatório da inocorrência do prejuízo é o juiz e mesmo do Ministério Público. Ou seja, conforme o pensamento de Gabriel Lucas, para a não se declarar a nulidade não se exige que se demonstre o prejuízo, mas, sim, que não houve o prejuízo. Assim, ocorrida a irregularidade no ato processual, a presunção é de nulidade, salvo com demonstração em contrário.

⁸⁰⁷ Observe-se que o juiz, se entender que as demais testemunhas ou provas suprem a necessidade de ser ouvida a que não compareceu, o juiz pode dispensar o testemunho, nada obstante a insistência do Ministério Público.

igual prazo, o acusado, podia requerer diligências, desde que a sua *necessidade ou conveniência* houvesse surgido de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução. Assim, o prazo era de 24 horas e sucessivo. Ademais, o texto normativo dizia que, após o requerimento, os autos deveriam ser conclusos ao juiz, a fim de *tomar conhecimento do que tivesse sido requerido pelas partes*.

Diante da forma como estava redigido o texto do dispositivo em foco, esse pedido de diligência não precisava ser feito em audiência, até porque cada uma das partes tinha o prazo sucessivo de 24 horas para fazer o seu respectivo requerimento.

Em muitos casos, o Ministério Público e a defesa do acusado, ainda em audiência, diziam se tinham, ou não, diligências a requerer. Algumas vezes, especialmente nos casos mais complexos, as partes pediam o direito de usufruir do prazo de 24 horas, a fim de examinar com mais vagar o processo e, assim, definir se tinham, ou não, diligência a solicitar e, tendo, qual seria. Nesses casos, o Ministério Público já saía da audiência intimado e, depois, a defesa do acusado era intimada para, igualmente, fazer a sua manifestação.

Tendo em consideração a ideia da concentração dos atos processuais, a reforma deu outro tratamento para a matéria. Não há mais prazo para o requerimento de diligências, porém apenas momento adequado para tanto, qual seja, no final da audiência, logo após a produção de todas as provas. Sucessivamente, primeiro o Ministério Público, as partes poderão requerer, na própria audiência, as diligências (art. 402 do CPP, com a redação da Lei nº 11.719, de 2008). O juiz, igualmente, de ofício, poderá fazê-lo, o que não era previsto antes da reforma (art. 404, caput, do CPP, com a redação da Lei nº 11.719, de 2008).

Como as partes, ao irem para a audiência, devem estar preparadas para fazer as razões finais, pois esta é a regra do novo procedimento, tanto mais estarão se for para, diante das provas surgidas na instrução feita em audiência, apenas requerer diligências. Não teria sentido, portanto, a previsão de prazo, nem é razoável que, diante da complexidade de um caso, o juiz assine prazo para esse fim. A complexidade do caso poderá, quando muito, como se verá adiante, excepcionar a regra prevista quanto à apresentação, em audiência, das razões finais, nunca para o requerimento de diligências.

Duas questões merecem atenção. Primeiro. Tal como anteriormente, não é qualquer diligência que poderá ser requerida. Conforme já foi exposto, as eventuais diligências devem ser solicitadas, pelo Ministério Público, com o oferecimento da ação penal, enquanto pela defesa, com a apresentação da resposta. Se com a resposta do acusado for anexado algum documento novo, o Ministério Público, ao ter vista do processo para impugnar, poderá, se for o caso, fazer o pedido de diligência a respeito. Por isso mesmo, na audiência o requerimento de diligência só pode ter como objeto *circunstâncias ou fatos apurados na instrução* (art. 402, parte final, do CPP), aliás, como era antes, quando a matéria era tratada pelo art. 449 do CPP. E mais. Conforme o caput do art. 404 do CPP, com redação da Lei nº 11.719, de 2008, o juiz somente deve deferir a realização de diligência se ela for *considerada imprescindível*.

Segundo. A norma em destaque fala que o momento para o requerimento de diligência é após *produzidas as provas*. Embora o interrogatório, tecnicamente, não seja considerado prova, o mais razoável é que o requerimento de diligências só seja feito após o depoimento do acusado. Se, porventura, depois da diligência, a defesa entender que é necessário o reinterrogatório, poderá formular pedido nesse sentido, nos termos do art. 196 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 10.792, de 2003.

Sendo deferido o requerimento de diligência, essa é uma das hipóteses para que as alegações finais das partes, assim como a sentença, não sejam apresentadas em audiência.

5.1.9.6. Alegações finais

Na sistemática anterior, as razões finais, tanto do Ministério Público quanto da defesa, deveriam ser apresentadas no prazo de três dias, que era o mesmo estabelecido para a defesa prévia. Embora constasse a possibilidade de razões finais em audiência apenas para o procedimento

sumário, não era raro o Ministério Público, e mesmo a defesa, nos crimes processados sob o rito ordinário, fazer, ainda na audiência, as razões finais. Tratava-se de mera irregularidade formal que, em verdade, contribuía para a maior celeridade do processo.

Seguindo a linha condutora da reforma de tentar, ao máximo, a concentração dos atos processuais, as razões finais devem ser feitas em audiência, por 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez). Só excepcionalmente é que poderão ser apresentadas por meio de memoriais.

Merecem atenção as afirmações acima. Não se trata de razões finais orais⁸⁰⁸. Isso não foi previsto, infelizmente, em nosso sistema. As razões finais, ainda que feitas em audiência, terão de ser reduzidas a escrito. O Ministério Público e a defesa, querendo, podem digitar as alegações finais ou, então, ditar para o escrivão ou quem suas vezes fizer reduzir a termo.

O Código, com a nova redação emprestada pela reforma, apresenta três hipóteses para que as razões finais não sejam apresentadas em audiência, o que se dá nos casos de: (a) deferimento de diligência requerida em audiência (art. 404 do CPP); (b) complexidade do processo (art. 403, § 3º, do CPP); e (c) número excessivo de acusados (art. 403, § 3º, do CPP).

Sendo deferido o requerimento de diligência, a audiência é encerrada sem as alegações finais, para as quais as partes deverão ser intimadas, após a realização daquela. Não seria razoável marcar-se uma audiência, apenas para que as partes oferecessem as razões finais.

Quanto às outras duas hipóteses, o legislador excepcionou a apresentação das razões finais em audiência, tendo em conta a complexidade do caso e/ou o número excessivo de acusados, no intuito de conferir às partes, nessas hipóteses excepcionais, a oportunidade de fazer exame mais detalhado do caso⁸⁰⁹. Foi acertada a opção do legislador. Espera-se, porém, que os juízes, membros do Ministério Público e advogados, por pura comodidade, não façam sempre a opção em deixar para produzir as razões finais por memoriais, sob o argumento de que o caso é complexo e mesmo de que há outro processo com audiência marcada para logo depois. Note-se que os processos da competência do tribunal do júri comportam, sempre, certa complexidade, porém, em relação a eles, por mais intrincada que seja a questão e independentemente do número de acusados, as alegações finais são feitas nos debates orais, na sessão.

Em razão disso, ressalte-se, uma vez mais, que a regra é de que as alegações finais sejam apresentadas em audiência. Excepcionalmente, por memoriais. *A regra não pode virar a exceção nem muito menos a exceção a regra.*

Quando for uma das três hipóteses para a apresentação das alegações finais por memoriais, o prazo é de cinco dias⁸¹⁰. Na audiência, o juiz já deve intimar o Ministério Público, colocando os autos à sua disposição no encerramento do ato processual, fazendo consignar no termo, a data em que os autos estarão à disposição da defesa, para o mesmo, de modo que não haja mais necessidade de se fazer as intimações, por mandado ou pelo expediente forense. Se houver mais de um acusado, o prazo da defesa será comum, o que implica na impossibilidade da retirada dos autos da secretaria por um dos advogados.

5.1.9.7. Modificação da imputação feita na denúncia (*mutatio libelli*)

O Código de Processo Penal, em sua redação originária, já continha a distinção entre *emendatio* e *mutatio libelli*. Diferentemente da hipótese da *emendatio libelli*, na qual apenas se corrige erronia verificada na denúncia a fim de dar a definição jurídica correta do fato criminoso narrado (art. 383 do CPP), na *mutatio libelli* há o aditamento da ação penal em relação a um fato criminoso que não foi objeto da denúncia ou a alteração da pretensão acusatória, a fim de que seja dada nova definição jurídica ao fato. Nos termos da redação originária do art. 384, caput e

⁸⁰⁸ O que pode ficar documentado pelo sistema audiovisual são os depoimentos orais. Não as razões finais ou mesmo a sentença. Essas peças, ainda que feitas em audiência, terão de ser redigidas ou ditadas. Cf. item 5.1.9.1.2, supra.

⁸⁰⁹ No rito sumário, independentemente da complexidade do caso ou do número de acusados, as razões finais devem, sempre, ser apresentadas em audiência. Não há previsão de que sejam feitas por memoriais.

⁸¹⁰ Na regra anterior, o prazo era de três dias.

parágrafo único, quando a nova definição não importava em aplicação de pena mais grave, não havia, sequer, necessidade de aditamento da peça acusatória, o que era, convenhamos, uma clara ofensa ao princípio acusatório⁸¹¹. Para parte da doutrina, esse dispositivo, nesse aspecto, encontrava-se revogado pela Constituição de 1988.

A nova redação emprestada por meio da Lei nº 11.719, de 2008, ao art. 384, caput, escoimou essa anomalia, de modo que, doravante, ainda que não seja o caso de aplicação de pena mais grave, sendo cabível, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, nova definição jurídica do fato, terá de haver, no prazo de cinco dias, o aditamento por parte do Ministério Público. Assim, pouco importa se o crime em razão da *mutatio libelli* é, ou não, mais grave do que o que consta da ação penal: terá de haver o aditamento, em homenagem ao princípio acusatório.

O prazo para o aditamento da denúncia para fins da *mutatio libelli* é de cinco dias, contado da data da audiência, que está agora previsto no caput do art. 384 do CPP. O referido dispositivo, em redação um tanto quanto confusa, diz que, *encerrada a instrução*, o Ministério Público, se for o caso, deverá aditar a denúncia, no prazo de cinco dias.

Todavia, como de regra as razões finais devem ser apresentadas em audiência, para fazer o aditamento, o Ministério Público terá de, ao ser encerrada a instrução probatória, ainda na audiência, pedir vista dos autos, a fim de fazer a *mutatio libelli*. A não ser que, sendo hipótese em que as alegações finais vão ser feitas por memoriais, no prazo estabelecido para tal finalidade, que também é o mesmo, concomitantemente, seja feito o aditamento.

A parte final do caput do art. 384 do CPP prevê a possibilidade de o aditamento ser feito ainda na audiência, oralmente, quando então deverá ser reduzido a termo.

De outra banda, com a inserção do § 1º ao art. 384, restou estabelecido que o juiz deve utilizar, por analogia, a solução alvitada pelo art. 28 do CPP, na hipótese em que o Ministério Público, ao receber vista dos autos para fins de aditamento na forma do art. 384, caput e parágrafo único, do mesmo Diploma Legal, recalitra em fazer a mudança da acusação⁸¹².

Dessa forma, forçoso reconhecer que, embora a disciplina dada ao assunto da *mutatio libelli* tenha ficado mais adequada ao sistema acusatório, ainda persiste certa incongruência na matéria, pois o art. 28 do CPP, em si, como aqui já foi dito, é resquício evidente do sistema inquisitivo, por ensejar claro impulso do juiz quanto à pretensão persecutória.

Feito o aditamento, abre-se a oportunidade para o contraditório, sendo ouvida a defesa do acusado, no prazo de cinco dias, quando, então, usando quaisquer das partes da faculdade de arrolar até três testemunhas, deverá ser designada data para a realização de audiência, a fim de ouvi-las, assim como para o interrogatório do acusado (art. 384, § 2º e 4º, do CPP).

Certamente com a intenção de acentuar que a audiência é una, está dito no texto do art. 384, § 2º, do CPP, que, nesse caso, se trata de *continuação da audiência*. Mas, naturalmente, não se trata de mera continuação da audiência anterior⁸¹³. A audiência, para todos os efeitos, foi encerrada. Cuida-se de nova instrução, e tanto é que o objeto da audiência fica "... adstrito aos termos do aditamento." (art. 384, § 4º, parte final, do CPP).

Se o juiz não receber o aditamento, o processo prosseguirá. Em verdade, o aditamento só tem sentido quando a *nova definição jurídica do fato* exclua a imputação tratada na denúncia. Se a nova definição jurídica do fato é para se entender que, efetivamente, foi praticado mais de um delito, melhor do que prejudicar, com o aditamento, a finalização de um processo que se encontra

⁸¹¹ Ada Pellegrini se manifestava nesse sentido (Cf. CHOUKR, Frauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Editora Método, 2000, p. 86-87).

⁸¹² Essa solução não constava do anteprojeto de lei encaminhado pelo Executivo. O pior é que o Projeto de Lei nº 4.209, de 2001, que trata do inquérito policial, revoga esse art. 28 do CPP e estabelece, como solução para os casos em que o Ministério Público, ao invés de oferecer a denúncia, entende pelo arquivamento, a remessa da promoção nesse sentido para o órgão superior da instituição, com intimação para o investigado ou indiciado e o ofendido, os quais poderão apresentar razões escritas. Se não se tiver cuidado quando da votação do referido projeto de lei, fundará sendo criada mais uma grande incongruência no Código de Processo Penal.

⁸¹³ Parece que o legislador, aqui, exagerou na intenção de preceituar que a audiência de instrução e julgamento deve ser una. Cf. item 5.1.9.1, supra.

na sua fase final, é reunir os elementos probatórios e oferecer nova denúncia. Se for o caso, no momento da execução, faz-se a reunião dos processos, para fins de unificação das penas. O mesmo se diga se o aditamento é para incluir outro agente que tenha tido participação no delito.

5.1.9.8. Sentença

O processo se encerra com a sentença, que é o ato praticado pelo juiz mediante o qual, com pronunciamento sobre o mérito da questão, se põe fim à relação processual instaurada com o ajuizamento da ação penal. Sentença é uma das espécies de pronunciamento judicial. Em verdade, de acordo com o CPP, os pronunciamentos judiciais têm como espécies os *despachos* e as *decisões*.

As *decisões*, por sua vez, se dividem em (a) *simples*, que impulsionam o andamento do processo (recebimento da denúncia, saneamento etc.); (b) *mistas ou com força de definitivas terminativas*, que encerram o processo sem a solução do mérito (ilegitimidade de parte, rejeição da denúncia, impronúncia etc.) ou *não terminativas*, que encerram apenas uma etapa do procedimento (sentença de pronúncia); (c) *definitivas*, que solucionam o mérito, *condenatórias* ou *absolutórias* (próprias ou impróprias).

A sentença, portanto, na definição do CPP, é a *decisão definitiva* com a qual o juiz julga o mérito, absolvendo ou condenando o acusado.

Com a Lei nº 11.719, de 2008, de regra, ela deve ser proferida em audiência. Não se trata de sentença oral, mas sim escrita, nada obstante seja proferida em audiência. Somente haverá de ser feita em gabinete, quando as razões finais forem apresentadas por meio de memoriais⁸¹⁴. Nesse caso, o prazo é de dez dias.

Para exarar o julgamento do processo em audiência, o juiz deverá se preparar para elaborar a sentença. Poderá, e deverá mesmo, levar anotações sobre o caso para a audiência. O relatório deverá estar pronto e, até mesmo, a análise ou anotações sobre as provas documentais, já existentes nos autos. Em rigor, deverá acrescentar ao esboço da sentença, preparado antes da audiência, o resumo e exame da instrução realizada no mencionado ato processual⁸¹⁵.

Como consequência natural da maior aplicação do princípio da oralidade, assim como da concentração dos atos processuais, a sentença, sendo ela proferida de regra em audiência, será, evidentemente, elaborada pelo juiz que a presidiu (art. 399, § 2º, do CPP). Mesmo quando assim não seja, isto é, quando a sentença não for feita em audiência, incide o *princípio da identidade física do juiz*, por força do princípio do direito de audiência do acusado com a pessoa responsável pelo seu julgamento⁸¹⁶.

Quanto ao conteúdo, o Código de Processo Penal estabelece regras específicas dependendo do tipo de sentença, se condenatória ou absolutória. Em consonância com o art. 387 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 11.719, de 2008, o juiz, ao proferir sentença condenatória, deverá:

- I — mencionar as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;
- II — mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal;⁸¹⁷
- III — aplicará as penas de acordo com essas conclusões;
- IV — fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido⁸¹⁸;

⁸¹⁴ O que foi dito a respeito das razões finais em audiência se aplica à sentença. Cf. item 5.1.9.6, supra.

⁸¹⁵ Sendo adotado o sistema audiovisual, o melhor é o juiz, na audiência, estar com um computador para fazer anotações sobre os depoimentos, a fim de utilizá-las na sentença.

⁸¹⁶ Para não repetir o que já foi dito, cf. o item 5.1.5.8, supra.

⁸¹⁷ Parte final, em itálico, inserida pela Lei nº 11.719, de 2008.

⁸¹⁸ Inserido pela Lei nº 11.719, de 2008.

V — atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI — determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, §, do Código Penal). *Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta*⁸¹⁹.

As modificações em relação à redação anterior foram quanto aos incisos II, IV e o parágrafo único. No inciso II houve, apenas, a referência correta aos dispositivos do Código Penal que, com a reforma de 1984 da parte geral, passaram a disciplinar a fixação das penas privativas de liberdade e de multa, assim como a substituição da pena de prisão por outra cabível.

Na redação originária do Código Penal, essas regras estavam nos arts. 42 e 43. Assim, o legislador aproveitou a oportunidade para dizer que os artigos a serem observados são os 59 e 60, ambos do Código Penal.

Como grande inovação, a reforma elencou como requisito obrigatório da sentença condenatória a fixação de valor mínimo para o ressarcimento dos eventuais danos de ordem civil (IV do 387 do CPP). Esse assunto será tratado no item seguinte. É pertinente salientar que, na redação anterior, o dispositivo fazia referência à aplicação da medida de segurança em sentença condenatória, que era admissível no Código Penal antes da reforma da parte geral do Código Penal, promovida pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Isso porque, até então, vigorava, em nosso meio, o sistema do *duplo binário*, que permitia ao juiz desde que existente a *periculosidade real*, além da determinação da pena, impor medidas de segurança.

Isso fazia com que, em verdade, o encarceramento do condenado não tivesse prazo fixo, porquanto, mesmo encerrado o tempo da pena, o condenado não tinha o direito à liberdade enquanto não fosse certificado o desaparecimento da periculosidade real por exame criminológico. Por linhas transversas, o nosso sistema permitia que uma pessoa ficasse encarcerada *ad aeternum*, como uma espécie de prisão perpétua. Em virtude dessa particularidade, a doutrina nacional defendia a adoção do *sistema vicariante*, o qual não permite a imposição de medida de segurança aos *imputáveis*, suprimindo a possibilidade de o juiz aplicá-la com a sentença condenatória, o que ocorreu com a reforma da parte geral do Código Penal, por meio da Lei nº 7.209, de 1984.

Portanto, tendo sido adotado sistema *vicariante*, em que a medida de segurança só deve ser imposta a quem é inimputável, a alteração do inciso IV do art. 387 do CPP, ainda que tardia, foi bem-vinda e necessária.

Infelizmente, o legislador da Lei nº 11.719, de 2008, não atentou para o fato de modificar, igualmente, o inciso VI do art. 387 do Código de Processo Penal. Com efeito, antes da reforma de 1984, o Código Penal estabelecia, dentre as penas acessórias, a determinação da publicação da sentença em jornal, a fim de que todos tomassem conhecimento da sanção aplicada. Não mais existindo, desde 1984, as penas acessórias, perdeu sentido o dispositivo em destaque⁸²⁰.

Todavia, a grande novidade a respeito não veio a lume com a Reforma Tópica, mas, sim, com a edição da Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, a qual dispõe sobre o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição, no caso de crimes praticados por organizações criminosas. Isso mesmo, prevê hipótese na qual o julgamento do processo em primeiro grau, ao invés de ser feito na forma singular, por intermédio apenas do juiz competente, se faz por um órgão colegiado, constituído temporariamente, com a finalidade de prolatar a decisão, exaurindo o seu ofício com a publicação do ato decisório.

Essa Lei teve origem em iniciativa da Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe. Quando fomos candidato a presidente da mencionada associação, colocamos no programa da chapa a criação do Plano de Proteção e Assistência aos Juízes em Situação de Risco. Eleito, na primeira

⁸¹⁹ Inserido pela Lei nº 11.719, de 2008.

⁸²⁰ A circunstância de a publicação da sentença como espécie de pena ser contemplada no art. 78 da Lei nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), não justifica a manutenção, como regra geral, da determinação contida no inciso VI do art. 387 do CPP.

reunião da diretoria, foi constituída comissão para elaborar o referido Plano. A entidade apresentou, em outubro de 2006, à Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, a sugestão de projeto de lei, transformada no Projeto de Lei nº 2.057, de 2007, mas, apesar do pedido de urgência solicitado pela entidade e de a sua aprovação ter sido defendida no Plano de Gestão das Varas Criminais e de Execução Penal, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, como política institucional para a proteção de juízes colocados em situação de risco, só agora foi transformado na Lei nº 12.694, de 2012.

A iniciativa legislativa parte da consideração de que a criminalidade em nosso meio sofreu profunda modificação nos últimos tempos, especialmente a partir de meados dos anos 90. De fato, são cada vez mais comuns os crimes de base organizativa, compreendendo corrupção sistêmica, tráfico internacional de drogas, armas e pessoas, milícias formadas por agentes policiais e a impressionante rede de lavagem de dinheiro, com ramificação no estrangeiro. A legislação brasileira a respeito foi aprimorada, ao passo que os órgãos jurisdicionais, com a especialização de varas criminais, experimentaram sensível qualificação em prol de uma atuação mais eficiente, daí por que passaram a ser registrados, com mais frequência, os casos de ameaças e mesmo de atentados contra os juízes. De outro lado, embora existente em nosso sistema jurídico lei que confere ampla proteção às vítimas e testemunhas e, até mesmo, aos próprios acusados, não havia nada nesse sentido em relação aos juízes.

Malgrado diversas outras medidas, em compasso com o art. 1º, da Lei nº 12.694, de 2012, nos processos envolvendo crimes praticados por organizações criminosas, o juiz de primeiro grau competente poderá, quando estiver em risco a sua integridade física, facultativamente, por meio de decisão, determinar a formação de colegiado para a prolação da sentença.

A decisão de instauração do colegiado, que é irrecorrível, deve ser fundamentada, com a indicação dos motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.694, de 2012), ademais da especificação de qual é a espécie de ato judicial a ser exarado.

É que, conforme o art. 1º, da Lei nº 12.694, de 2012, o colegiado pode ser formado não apenas para a prolação de sentença, mas para a prática de qualquer *ato processual*, seja em processo ou procedimento, especialmente quando for caso de: “I – decretação de prisão ou de medidas assecuratórias; II – concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão; III – sentença; IV – progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena; V – concessão de liberdade condicional; VI – transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e VII – inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.” Diga-se, *en passant*, que, a despeito de a norma jurídica falar em *ato processual*, é evidente que a formação do colegiado só se justifica quando se tratar de ato judicial de cunho decisório, à semelhança dos indicados nos incisos em foco.

Esse colegiado de primeiro grau, cuja competência se restringe e se exaure com a prática do ato jurisdicional para o qual foi constituído (art. 1º, § 3º, da Lei nº 12.694, de 2012), deve ser integrado pelo juiz do processo e, ainda, por 2 (dois) outros juízes, os quais, em preservação do princípio do juiz natural, deverão ser escolhidos por sorteio eletrônico, dentre aqueles de competência criminal e, naturalmente, em exercício na magistratura de base (art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.694, de 2012). É vedado, portanto, que componha o colegiado magistrado de segundo grau.

Pelo disposto no art. 1º, § 4º, da Lei nº 12.694, de 2012, mesmo que na Comarca ou Seção Judiciária não tenha juízes criminais em número suficiente para a formação do colegiado com 03 (três) membros, não deve ser recrutado quem exerce jurisdição cível, devendo, na hipótese, ser providenciado o recrutamento de juízes criminais domiciliados em cidades diversas. Nesse caso, a fim de simplificar e viabilizar a reunião/sessão do colegiado quando for composto por juízes domiciliados em cidades diversas, a lei deixa plasmado que o ato poderá ser realizado à distância, pela *via eletrônica* (art. 1º, § 5º, da Lei nº 12.694, de 2012).

Sem embargo da atribuição de competência normativa aos tribunais para a expedição de *normas no sentido de regulamentar a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento*, o legislador cuidou de preceituar duas regras de suma

importância.

A primeira no sentido de que, se for o caso, especialmente quando se tratar de medida de urgência, como decretação de prisão, transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, a reunião do colegiado deve ser sigilosa (art. 1º, § 4º, Lei 12.694, de 2012). Resta claro, assim, mesmo não sendo necessário, que, em princípio, toda e qualquer reunião do colegiado há de ser pautada pela publicidade. De soslaio, a norma em destaque revela que deverá ser marcada uma reunião/sessão para que a decisão do colegiado seja prolatada.

Essa regra, tal como catalogada, em certa medida, conflita com a segunda, que está plasmada no § 6º do art. 1º da Lei nº 12.694, de 2012, segundo a qual “As decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro.”

Ora, se a intenção da norma é evitar a pessoalização, o melhor seria que constasse como exigência, apenas, a publicação do ato decisório, sem que fosse necessária a realização de uma reunião/sessão pública. Com a reunião/sessão pública, caso os 3 (três) integrantes, individualmente, tenham de expor os seus fundamentos, ainda que divergentes, de nada adiantará que a publicação formal e por escrito seja feita “... sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro.”

A interpretação harmônica das duas normas leva à conclusão de que os membros do colegiado, conquanto devam realizar a reunião/sessão pública, não precisam expor os fundamentos divergentes, muito pelo contrário, não devem expressá-los em público, senão entre si. Com isso se quer dizer que a reunião/sessão pública é de todo dispensável, sendo suficiente, apenas, a publicação da sentença ou qual seja o ato decisório, devidamente assinada pelos 03 (três) integrantes.

Em razão de a competência desse colegiado ser restrita para a prática de um determinado ato jurisdicional, essa sistemática foi raramente utilizada pelos juízes. Ademais, em verdade, com essa previsão normativa não se criou propriamente órgão colegiado em primeiro grau, senão *juízo colegiado*, sentença elaborada e assinada por mais de um juiz, além daquele responsável pela condução do processo.

Nada obstante, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região, na definição da competência da corregedoria judicial de presídio federal, mesmo à míngua de lei, instituiu, por meio da Resolução nº 67, de 17 de outubro de 2006, a atuação em forma de colegiado permanente, e não apenas a convocação dos juízes para a prática de um determinado ato judicial. Alguns tribunais estaduais também adotaram essa prática.

No ponto, aperfeiçoando a legislação, a par da decisão ou julgamento colegiado, a Lei nº 13.964, de 2019, concebeu a possibilidade de os tribunais criarem efetivamente *varas criminais colegiadas*, desde que a competência seja para o processo e o julgamento (i) de crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição; (ii) do crime do art. 288-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e (iii) das infrações penais conexas aos crimes a que se referem os incisos I e II do caput deste artigo (art. 1º-A, I, II e III, da Lei nº 12.694, de 2012).

O legislador cuidou, ainda, de esmiuçar que a competência das varas criminais colegiadas diz respeito a todos os atos jurisdicionais, qualquer que seja a fase da persecução criminal, o que inclui a investigação, o processo de conhecimento e, até mesmo, a execução da pena (art. 1º-A, § 1º e 3º, da Lei nº 12.694, de 2012).

Especificamente em relação à jurisdição nos presídios federais, a Lei nº 13.964, de 2019, autorizou os Tribunais Regionais a estruturar a corregedoria para atuação por meio de um colegiado de juízes, com competência para a inclusão, prorrogação da permanência e os incidentes à execução em geral (art. 11-A da Lei nº 11.671, de 2008)⁸²¹.

O sistema do colegiado em primeiro grau, adotado em nosso ordenamento jurídico, não

⁸²¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Execução penal no sistema penitenciário federal**. Natal: Owl, 2020.

guarda nenhuma identidade com outras medidas imaginadas no direito comparado, notadamente em relação ao denominado *juiz sem rosto*, do sistema colombiano. Aliás, quando essa questão foi discutida entre os juízes federais para fins de elaboração da proposta a ser apresentada pela Ajufe, desde logo, refutou-se, com veemência, a introdução dessa figura do *juiz sem rosto* em nosso meio. No julgamento colegiado, há a plena identificação dos juízes prolotores da decisão, que terão de assinar a sentença ou o ato judicial que seja, não havendo, apenas, menção quanto a eventual divergência entre os seus membros.

À evidência que a formação do colegiado é medida válida, pois não há qualquer norma constitucional que, sequer implicitamente, reserve ao juiz monocrático o exercício da jurisdição em primeiro grau. Ilustrativamente, os artigos 106 e 109 da Constituição Federal referem-se aos “juízes federais” no plural. Note-se que a Constituição de 1988, a par de tornar obrigatória a competência do tribunal do júri para os crimes dolosos contra a vida, permite que o legislador infraconstitucional estenda a competência desse órgão colegiado de primeiro grau para outros delitos que entender conveniente.

Além disso, cuida-se de medida que não atenta contra qualquer direito individual do acusado ou condenado. Pelo contrário, confere garantias adicionais, pois não há de negar-se que, em se tratando de colegiado, há menor risco de erro judicial.

Nem se diga que há maltrato à regra do princípio da identidade física do juiz. A ser assim, o julgamento pelo conselho de sentença, nos processos da competência do tribunal do júri, quando a inquirição das testemunhas e o interrogatório do acusado não fossem renovados na sessão de julgamento, também implicaria em ofensa ao princípio da identidade física do juiz.

Ademais, para todos os efeitos, o juiz do processo está dentre os membros que integram o colegiado, o qual, naturalmente, terá posição proeminente no julgamento, que deverá, no ato normativo a ser editado pelos respectivos tribunais, ser definido como o seu presidente. Como se isso não bastasse, a adoção da documentação dos atos processuais pelo sistema audiovisual permite que os demais integrantes do colegiado tenham contato *direto* com a prova testemunhal e com o interrogatório do acusado.

De outra banda, e por fim, a medida é oportuna porque diminui a pessoalização do processo, o risco de pressões ou retaliações contra o juiz individual. Em outra perspectiva, serve, ainda, para assegurar a *imparcialidade* do órgão julgador. Por certo, não se tem a ilusão de que tais problemas cessarão com o colegiado, mas é forçoso reconhecer que essa medida leva a uma diminuição desses riscos.

5.1.9.8.1. Ressarcimento de danos como efeito da sentença condenatória

Conquanto o nosso sistema consagre como regra o princípio da separação das instâncias, de modo que o julgamento na área criminal não faz coisa julgada para o ambiente cível, nem vice e versa, em relação à sentença condenatória, o que nela restou decidido, quanto à ilicitude do fato e consequente responsabilidade daí decorrente, não pode ser mais rediscutido. Isso porque, como o processo penal é regido pelo princípio da *verdade real ou material*, segundo a qual, em obséquio ao princípio da presunção de não culpabilidade, na dúvida, o caso deve ser julgado em prol do acusado, a sentença criminal há de prevalecer para o cível, que se pauta com esteio na *verdade formal*, sendo defeso, assim, o reexame da matéria nesta via.

Dentro dessa concepção, o Código Penal, no art. 91, inciso I, mesmo antes da alteração advinda com a Lei nº 11.719, de 2008, já previa que a sentença criminal condenatória torna certa a obrigação do condenado quanto a indenizar o dano causado. No mesmo passo, o art. 63 do Código de Processo Penal esclarece que, “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”.

Complementando o disciplinamento quanto aos efeitos civis da sentença penal condenatória, o art. 935 do Código Civil dispõe que “A responsabilidade civil é independente da

criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

O processo penal, por conseguinte, sempre serviu para equacionar não apenas a responsabilidade penal quanto a civil, tornar certa, na hipótese em que a sentença é condenatória, o dever de indenizar pelos danos causados. Como se vê, o nosso sistema normativo, desde sempre, previa que a sentença criminal, além de definir a responsabilidade penal, tornava certa, igualmente, a responsabilidade civil.

De toda sorte, a doutrina nacional, forte na concepção da *justiça restaurativa*, de há muito, vinha reclamando para que o processo penal também fosse instrumento mais eficaz no atendimento dos interesses da vítima, orientação, aliás, adotada pela Comissão de Reforma⁸²². Tendo em mira a consecução desses objetivos, o legislador, com a edição da Lei nº 11.690, de 2008, deixou claro que o magistrado deverá, nos casos em que for sentida a necessidade, “... encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.” (art. 201, § 5º, do CPP). Avançando ainda mais, o legislador inseriu dentre os deveres processuais do magistrado a adoção das providências pertinentes para preservar a *intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido*, a fim de resguardar a sua exposição perante os meios de comunicação (art. 201, § 6º, do CPP). Para garantir esses direitos fundamentais do ofendido, o juiz poderá, inclusive, “determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito...” Essas normas, adotadas em obséquio à *justiça restaurativa*, foram objeto de análise no item 5.1.8.4, supra.

Na mesma passada da justiça restaurativa, o legislador, agora se fazendo valer da Lei nº 11.719, de 2008, estabeleceu, como requisito essencial da sentença condenatória, a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, tendo em consideração os prejuízos causados ao ofendido (art. 387, IV, do CPP)⁸²³. Doravante, portanto, deve constar, da sentença condenatória, a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, devendo o julgador levar em consideração os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Essa questão em si enseja algumas ponderações. O nosso ordenamento criminal, seguindo a ótica dos Estados democráticos ou estruturados sob a forma dos ideais democráticos, possui atuação fragmentária no sistema normativo, de modo que só passa a se ocupar de uma conduta considerada ilícita quando a sanção prevista pelos demais ramos cíveis não é suficiente como resposta para fins de manutenção ou restauração da vida dentro dos padrões mínimos de harmonia. Dessa forma, toda conduta tipificada como ilícito criminal é, igualmente, um ilícito de ordem civil, de modo que, além da sanção penal, cabe a imposição, quando há a ocorrência de dano, do dever de ressarcimento dos prejuízos daí advindos, sejam eles de ordem material ou moral.

Tanto é assim, que, conforme se disse linhas acima, desde sempre, tanto o Código Penal, no art. 91, inciso I, como o Código de Processo Penal, com o art. 63 do Código de Processo Penal, estabelecem, respectivamente, que a sentença condenatória torna certo o dever da reparação pelos danos causados e se apresenta como título executivo para fins de cobrança do valor na seara cível.

Por conseguinte, o nosso sistema normativo, mesmo antes da alteração advinda com a Lei nº 11.719, de 2008, previa que a sentença criminal, além de definir a responsabilidade penal, tornava certa, igualmente, a responsabilidade civil. A modificação trazida com a Lei em referência foi, apenas, em deixar expresso que, a partir de sua vigência, sendo a sentença criminal condenatória, em seu conteúdo, deve constar, obrigatoriamente, sob pena de a omissão desafiar a interposição do recurso de embargos de declaração, um valor mínimo para o ressarcimento do dano ocasionado. Ou seja, agora se impõe que, em relação à condenação cível, a sentença tenha um mínimo de liquidez. Por conseguinte, a sentença penal que era, a esse respeito, ilíquida, agora terá

⁸²² Cf. Item 3.2.2.6, em que se faz incursão sobre a justiça restaurativa.

⁸²³ A fim de dar coerência sistêmica, com a mesma Lei, providenciou-se o acréscimo de parágrafo único ao art. 63 do CPP, para dispor que “Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

de ser, necessariamente, pelo menos em parte, líquida.

O legislador da nova lei não fez, assim como não o fizeram os legisladores das leis anteriores, qualquer distinção entre dano material e moral. A responsabilidade civil, tornada certa com a sentença condenatória, tanto decorre de um tipo de dano quanto de outro. Ademais, nem poderia haver distinção na lei, sob pena de malfeição ao que dispõe o inciso X do art. 5º da Constituição, que confere status de direito fundamental o *direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*, sem fazer qualquer tergiversação entre uma espécie e outra de dano. Todavia, não há de deixar de reconhecer: é mais natural que o pronunciamento criminal se dê, apenas, em relação ao ressarcimento quanto ao dano material. Porém, em alguns casos, como nos crimes contra a honra, a indenização deve ser de ordem moral.

Como se vê, a norma é meramente processual, sem nenhum conteúdo de ordem material, sequer de natureza cível. Isso porque, como se disse, a condenação quanto ao ressarcimento dos danos já era efeito da sentença penal condenatória, ademais de ser previsto no Código Civil. O que não havia era a exigência, na qualidade de requisito necessário, de que a sentença criminal, quanto à condenação no dever de indenizar, fosse líquida, pelo menos em relação ao valor mínimo.

Nada obstante esse aspecto do ressarcimento de danos, o Superior Tribunal de Justiça, firmando orientação diversa, tem entendido que o preceito contido no art. 387, IV, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008, não se aplica aos crimes anteriores à vigência desta.

À guisa de comprovação, veja-se a decisão da Quinta Turma do STJ, no REsp 1.193.083-RS, relat. Min. Laurita Vaz, julgado em 20/08/2012, cujo acórdão assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. IRRETROATIVIDADE DO ART. 387, IV, DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.710/2008.

A regra do art. 387, IV, do CPP, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, aplica-se somente aos delitos praticados depois da vigência da lei 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. Isso porque se trata de norma híbrida – de direito material e processual – mais gravosa ao réu, de sorte que não pode retroagir. Precedente citado: REsp 1.206.635-RS, Quinta Turma.

Com todo o respeito devido, mas não parece essa a melhor solução a ser alvitrada para a hipótese. A natureza jurídica do ressarcimento do dano cível não é híbrida. Ela é eminentemente cível. Apenas por uma questão de economia processual, assim como sempre foi, no caso de sentença criminal condenatória, esse título judicial serve para aparelhar ação de execução no ambiente cível. A única diferença com a inovação legislativa permeada com a Reforma Tópica de 2008 é que, agora, essa condenação deve liquidar, ainda que no valor mínimo, o quanto a ser indenizado pelo condenado na esfera criminal.

Exatamente tendo em consideração essa circunstância, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AP 396/RO (DJe de 28.4.2011), conhecido como *Caso Donadon*, conquanto se tratasse de crime praticado no período de 1995 e 1998, condenou o acusado em valor líquido quanto ao ressarcimento dos danos, aplicando o art. 387, IV, do CPP.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AP 470/MG, conhecido como *Caso do Mensalão*, conforme consta do Informativo nº 693, assim deixou consignado:

Após os reajustes de voto dos Ministros Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Rosa Weber relativa aos réus que especificaram, o Plenário rejeitou pleito formulado pelo Ministério Público Federal, em sede de alegações finais, no sentido de que fosse fixado valor mínimo para reparação dos danos causados pelas infrações penais (CPP, art. 387, IV, c/c o art. 63, parágrafo único). Mencionou-se o que decidido na AP 396/RO (DJe de 28.4.2011), no sentido de ser desnecessário que o pedido de estipulação de valor mínimo de reparação constasse expressamente da denúncia, por se tratar de efeito extrapenal da condenação. Considerou-se, todavia, que a complexidade dos fatos e a imbricação de condutas tornaria inviável assentar montante mínimo. Asseverou-se não haver como identificar com precisão qual a quantia devida por cada réu, o que só seria possível por meio de

ação civil, com dilação probatória para esclarecimento deste ponto. O revisor ponderou que incumbiria ao parquet, além de requerer a fixação do valor mínimo, indicá-lo e apresentar provas, para que fosse estabelecido contraditório. Salientou ser defeso ao magistrado determinar a quantia sem conferir às partes a oportunidade de se manifestar.

Merece menção a circunstância de que os crimes apurados no *Caso Mensalão* foram praticados antes da reforma de 2008, pois a ação penal foi oferecida no ano de 2003, mas, ainda assim, a rejeição quanto à fixação de um valor mínimo para o ressarcimento dos danos teve como fundamento a circunstância de não haver, nos autos, elementos suficientes para apontar qual seria a quantia devida, ainda que em sua porção mínima.

Obviamente que para assim decidir o Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, superou o debate sobre a aplicação do art. 387, IV, com a redação da Lei nº 11.719, de 2008, a ilícitos penais praticados antes de sua vigência, tendo em consideração que se trata de um efeito extrapenal, que já estava previsto tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal. Aliás, a leitura do inteiro teor do acórdão revela essa realidade.

Isso tanto é verdade, que, na Revisão Criminal nº 5437/RO, promovida em razão da condenação imposta na AP 396/RO (*Caso Donadon*), conquanto o Supremo Tribunal Federal, no ponto referente à condenação no ressarcimento dos danos tenha rescindido o acórdão, não acolheu a tese da inaplicabilidade da norma em destaque em razão do princípio da anterioridade penal, mas, sim, sob o fundamento de que, na hipótese, não houve contraditório.

Nos debates finais a respeito do tema, envolvendo os Ministros Lewandowski, Gilmar Mendes, Barroso e Celso de Mello, ainda que não com a clareza que se espera para assunto que precisa de definição, ficou firmado o entendimento da Excelsa Corte no sentido de que a norma em destaque se aplica a crimes ocorridos anteriores à vigência da Lei nº 11.719, de 2008 e que, ademais, não há necessidade de que o pedido venha expresso na ação penal proposta, sendo necessário, apenas, que tenha havido o devido contraditório.

A esse respeito, merecem atenção redobradas as palavras assacadas pelo Ministro Gilmar Mendes e as considerações finais feitas pelo Ministro Ricardo Lewandowski, quando ali se destacou o ponto convergente no sentido de que é admissível a aplicação do art. 387, IV, do CPP, com a redação emprestada pela Lei nº 11.719, de 2008, aos crimes ocorridos antes de sua vigência, pois não se trata de nenhuma inovação legal, na medida em que, ademais de tratar-se de efeito cível da sentença criminal, serviu, apenas, para ressaltar que o juiz, na medida do possível, deve quantificar o valor mínimo a ser ressarcido.

Não há, assim, nenhum empecilho para que, mesmo quanto aos crimes praticados antes da vigência da Lei nº 11.719, de 2008, a sentença criminal, quando condenatória, fixe o valor mínimo para o ressarcimento dos danos. Aliás, longe de ser vedado, o juiz, diante da nova lei, tem de estabelecer esse valor mínimo.

Note-se que não há necessidade de que o Ministério Público, na denúncia, estipule o valor da condenação cível mínima. Embora isso seja recomendável, mesmo diante da omissão do *Parquet*, o juiz pode, e deve, em consonância com os elementos contidos nos autos, fixar a quantia, desde que, conforme o entendimento sufragado pela Suprema Corte, tenha havido o contraditório a respeito. Isso porque a pretensão acusatória esboçada com o ajuizamento da denúncia abrange, igualmente, a condenação em quantia líquida, pelo menos em seu valor mínimo, dos eventuais prejuízos decorrentes da ação ilícita.

A esse respeito, pondere-se que, não raro, na petição inicial em processo de ressarcimento de danos perante a jurisdição civil não consta a fixação de valor líquido, nem muito menos a defesa, na contestação, faz considerações em relação a um valor específico. Todavia, mesmo assim, nada impede, aliás, tudo recomenda, que o magistrado cível, tanto quanto possível, ao julgar pela procedência da pretensão veiculada pela parte autora, coloque na sentença um valor líquido a título de ressarcimento pelos danos identificados.

No ambiente criminal, em atenção ao contraditório, o juiz deve ao admitir a ação penal, sem prejuízo da determinação da citação, se for o caso, deve determinar a intimação do Ministério

Público a fim de que, por meio de petição, especifique um valor mínimo para a condenação cível⁸²⁴.

Nada obstante, seja como for, deve o juiz fazer constar, no mandado de citação, a advertência de que na resposta à imputação criminal feita à peça acusatória é oportunidade igualmente para se pronunciar quanto à responsabilidade civil por eventuais danos oriundos da ação ilícita, pois, na eventualidade de prolatada sentença condenatória, poderá ser especificado valor líquido para o ressarcimento dos prejuízos.

Nem se diga que, quanto ao dano material, o Ministério Público não detém legitimidade para fazer qualquer postulação nesse sentido, diferente da hipótese do dano moral, o qual seria questão de ordem pública. Note-se que a pena de multa prevista no Código Penal, assim como a fiança, possui, dentre outras finalidades, o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo ofendido⁸²⁵. Se esse raciocínio for válido para sustentar a posição de que o Ministério Público não possui capacidade postulatória quanto à condenação no dano material, seria válido, igualmente, para os casos de multa e de fiança, pelo menos quanto à quantia arrecadada por esses instrumentos que, de alguma forma, pode ser repassada para a vítima.

Merece registro que não é de hoje que, no processo penal, em algumas situações, o Ministério Público tutela, igualmente, o ressarcimento do dano. Veja-se, a respeito, a proposta de suspensão do processo, que é da alçada do Ministério Público, o qual, dentre outras condições, somente poderá fazê-la se, e quando, houver a reparação do dano, salvo a impossibilidade do acusado (art. 89, § 1º, I, da Lei nº 9.099, de 1995). De mais a mais, exigir, para a condenação de dano patrimonial, a necessária participação no processo do ofendido, na qualidade de assistente, não se conforta com o ideário da *justiça restaurativa*.

Como se trata de condenação na área civil, cuja responsabilidade é quantificada, em seu valor mínimo, como decorrência do ato ilícito apurado no seu aspecto criminal, o que é imprescindível propriamente é a oportunidade para que seja manifestada a defesa em relação a essa matéria. O princípio da ampla defesa, aqui, é mais restrito do que aquele atinente à matéria criminal. Enquanto a ampla defesa no que diz respeito à responsabilidade penal não se contém na oportunidade formal para a apresentação da defesa, porquanto exige que, além de *efetiva*, ela seja *eficiente*, na seara cível é suficiente que a parte tenha tido a possibilidade de se manifestar.

Não sendo a ninguém dado desconhecer a lei, especialmente aos advogados, os quais são indispensáveis à administração da justiça exatamente em razão da adoção desse princípio em nosso ordenamento jurídico, a partir da vigência da lei em referência, a defesa, no ambiente criminal, deve ser conduzida, igualmente, para enfrentar a questão da quantificação da responsabilidade civil em valor mínimo, tendo em conta a eventualidade de a sentença ser condenatória. Atente-se para o detalhe de que, como a sentença criminal, quanto ao ressarcimento do dano, antes da Reforma Tópica, não era líquida, não havia interesse nenhum da defesa em travar essa discussão, sequer nas razões finais ou na apelação. Por conveniência, deixava-se esse assunto para se e quando, mantida a condenação com trânsito em julgado, fosse pedida, no cível, a liquidação da sentença criminal, para fins de ajuizamento da execução.

Agora, como a sentença, necessariamente, vai dispor sobre o valor mínimo para a condenação, a defesa deve se manifestar sobre essa questão. A oportunidade para esse fim se apresenta em dois momentos especiais. Na resposta a ser apresentada no prazo de dez dias da citação e, ainda, nas razões finais. Superadas essas duas fases, a defesa pode, evidentemente, ainda questionar com o manejo do recurso de apelação.

Transitada em julgado a sentença criminal condenatória, o ofendido poderá, desde logo, com base na parte líquida, promover a execução no cível do valor que foi fixado, sem prejuízo de promover a liquidação, também no Juízo cível, da outra parte, a ilíquida, para fins de ingresso de outra ação executiva.

Se houver fiança dada em garantia, tanto quanto melhor, pois, nesse caso, a execução do julgado se faz no próprio ambiente criminal, mediante a liberação para o ofendido do valor da

⁸²⁴ Cf. item 5.1.1.2, supra.

⁸²⁵ Cf. item 6.3.1.9.8, infra.

fiança equivalente ao da condenação na parte líquida. Cabe notar, apenas, que, conforme a ordem de preferência estabelecida no art. 336, caput, do CPP, “O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.” Deve-se entender que há uma ordem de precedência, de modo que, primeiramente, deve ser feita a quitação das custas, o que sobrar será destinado para a indenização dos danos e assim por diante. Em tese, é plenamente possível que o valor da fiança seja suficiente para o pagamento de todas essas verbas, uma vez que poderá ser fixada em quantia sobremaneira significativa⁸²⁶.

A observação aqui feita revela como a fiança passa a ter uma função bastante importante na materialização da justiça restaurativa no que pertine ao ressarcimento dos danos sofridos pelo ofendido. Essa questão do ressarcimento dos danos ganhou colorido especial em nosso meio com os processos criminais relativos à chamada *Operação Lava Jato*. Em consonância com dados divulgados pela Procuradoria-Geral da República, na operação em referência, por meio de cooperação internacional, foi solicitado o repatriamento de R\$ 10,3 bilhões de reais, sendo efetivada a recuperação de R\$ 756 milhões de reais. Isso sem falar no bloqueio de R\$ 3,2 bilhões de reais.

O pedido de fiança, bloqueio, sequestro ou arresto de bens deve ser política institucional a ser adotada pelo Ministério Público, especialmente nos crimes de lavagem de dinheiro, de corrupção, praticados por organizações criminosas ou contra a administração pública em geral, a fim de dar efetividade à condenação no ressarcimento dos danos.

Uma última palavra há de ser dita a respeito do tema. Na edição anterior deste livro, chamamos a atenção para a circunstância de ser comum, quando se trata de crime de natureza tributária ou previdenciária, concomitantemente, ser providenciada a execução fiscal do débito, pelo que afirmamos que, nesse caso, não deve haver pronunciamento na sentença criminal a respeito do dever quanto ao ressarcimento. O mesmo se afirma quando a vítima, a despeito do processo criminal, ingressa com a ação cível correspondente, no escopo de ser ressarcida quanto aos danos, pois, naturalmente, a discussão quanto à indenização pelos danos na esfera cível é mais abrangente.

Mantemos o entendimento, porém, não há nenhum inconveniente que eventualmente a sentença criminal contenha o valor líquido do prejuízo causado, a não ser é claro, que a quantia fixada na sentença criminal seja superior àquela que está sendo pleiteada no cível, o que é difícil de ocorrer, pelos mais diversos motivos. Até porque, como salientado, na condenação criminal o que se estipula é um valor mínimo para o ressarcimento. Portanto, a tendência é que o valor cobrado no cível mais elevado.

De toda sorte, qualquer que seja a situação, a cobrança do pagamento do valor líquido estipulado na sentença penal condenatória deverá ser feita no juízo cível, conforme o caso, mediante ação de execução prevista no Código de Processo Civil ou na Lei de Execução Fiscal, o que impede que ocorra *bis in idem*.

Agregamos, apenas, a consideração de que o pronunciamento do juiz criminal sobre o ressarcimento dos danos só pode ocorrer em caso de a sentença ser condenatória, o que está suficientemente explicitado com a leitura atenta do art. 387, IV, do CPP. Ademais, tendo em conta a incidência do princípio do *in dubio pro reo* no ambiente criminal, a sentença absolutória, salvo as exceções discutidas no item 5.1.9.8.5, supra, não faz coisa julgada para o cível.

5.1.9.8.2. Princípio da correlação entre a sentença e a ação penal (*emendatio libelli*)

Dentre os requisitos estabelecidos para o oferecimento da ação penal, elencados no art. 41 do Código de Processo Penal, está a *classificação do crime*, ou seja, o enquadramento legal da conduta narrada na peça acusatória. Porém, eventual errônea na identificação do tipo penal violado

⁸²⁶ Cf. item 6.3.1.9.5, infra.

com a conduta narrada não enseja a caracterização da inépcia da inicial, porquanto a narrativa adequada da conduta é suficiente para a instauração válida do processo. Isso porque o juiz, ao decidir, está vinculado à *imputação criminosa* feita ao acusado, que corresponde à conduta narrada na ação penal e não, propriamente, à classificação jurídica feita por quem a redige. O princípio da correlação entre a sentença e a ação penal está vinculado à imputação criminal, pois o pedido de condenação é, efetivamente, em relação à imputação criminal, não quanto ao tipo penal no qual foi classificada a conduta descrita na peça acusatória.

Ademais, o acusado não se defende do tipo penal imputado a ele, mas sim do fato ou fatos descritos na ação penal, de modo que a eventual desclassificação da conduta para outro tipo penal, a rigor, em nada prejudica, na sua essência, a defesa do acusado, nem muito menos representa modificação do pedido feito pelo autor. No ponto, incide, a contrário senso, o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 453 (“Não se aplicam à segunda instância o art. 38 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa”)

Assim, a classificação errônea estampada na peça acusatória, desde que as condutas ilícitas estejam suficientemente narradas, não impede o juiz de conferir definição jurídica diversa, mesmo que a nova classificação importe em condenação do acusado por crime mais grave. Basta, para todos os efeitos, que a conduta referente ao delito esteja suficientemente descrita na ação penal, tendo sido, apenas, defeituosa a classificação do crime.

Por isso mesmo, já na redação originária do Código de Processo Penal, o art. 383 assim dispunha: “o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.” É que, aqui, diferentemente da hipótese da *mutatio libelli*, com a sentença, o juiz apenas corrige errônea verificada na denúncia, a fim de dar a definição jurídica correta do fato criminoso narrado.

A intenção da Comissão de Reforma, porém, era estabelecer o contraditório mesmo em se tratando de mera corrigenda da denúncia, impondo a intimação das partes em relação à nova definição jurídica emprestada ao fato em razão de decisão judicial. Ademais, tinha o propósito, igualmente, de resolver a discussão doutrinária quanto ao momento para a *emendatio libelli*, ao dispor que a decisão fazendo a corrigenda na denúncia podia ser adotada pelo juiz quando do recebimento da ação penal. Tanto era essa a pretensão da Comissão de Reforma, que na redação proposta para o art. 383, o § 1º preceituava que “As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença”, enquanto o § 2º que “A providência prevista no caput deste artigo poderá ser adotada pelo juiz no recebimento da denúncia ou queixa.”

No entanto, entendeu-se que esse contraditório, porém, não era necessário e serviria, apenas, para incentivar uma discussão periférica que, no mais das vezes, apenas prejudicaria o andamento do processo. Por isso mesmo, preferiu-se somente aproveitar a redação proposta para o caput do art. 383 e acolher as sugestões contidas nos §§ 3º e 4º.

Dessa forma, com melhor técnica redacional, a Lei nº 11.719, de 2008, modificou o texto normativo, estando assim redigido o caput do 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.” Seguindo a orientação da Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça⁸²⁷, o § 1º esclareceu que “Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.” No § 2º do mesmo dispositivo restou assentado que “Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.”

A despeito de a sugestão da Comissão de Reforma quanto à possibilidade de o juiz, no momento do recebimento da ação penal, proceder à *emendatio libelli* não ter sido aprovada pelo Parlamento, nada impede que essa providência seja tomada no início do processo. Note-se que, em

⁸²⁷ A Súmula nº 337 do STJ dispõe o seguinte: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

relação à *emendatio libelli*, o texto normativo atual, assim como o anterior, não define o momento, ao contrário do que se faz em relação à *mutatio libelli*, que deve ser exercitada após “Encerrada a instrução probatória...”⁸²⁸

Aliás, sempre que a desclassificação importar em uma das consequências previstas nos §§ 1º e 2º do art. 383, o juiz deverá fazer a *emendatio libelli* no momento do recebimento da ação penal⁸²⁹. Com efeito, se o juiz, ao examinar a ação penal, observar que, a despeito da classificação feita na peça acusatória, o crime é daqueles que permitem a proposta de suspensão condicional do processo, ele deve fazer a desclassificação com a decisão de recebimento⁸³⁰. O mesmo se diga, evidentemente, se o juiz verificar que, com a desclassificação, o crime será da competência de uma vara privativa ou do juizado especial.

Com essa providência, evitará a prática dos demais atos do processo que não terão utilidade nenhuma. Nesses casos, como se vê, não tem sentido deixar para proceder à *emendatio libelli* no momento da sentença. A contrário senso, todas as vezes em que a aplicação da *emendatio libelli* não trouxer como consequência a possibilidade da suspensão condicional do processo ou de modificação da competência, o juiz deverá deixar para decidir a respeito no momento da prolação da sentença, o que, diga-se, é o que ocorre com mais frequência.

É mais. Pensamos que passou da hora de se aprofundar o questionamento a respeito do instituto da *emendatio libelli*, tal como preconizado no art. 383, caput, do CPP. Na prática forense, não raro, a aplicação desse instituto prejudica de forma clara a defesa. Os exemplos concretos são vários. Vejamos. Em um caso concreto, nada obstante o entendimento firmado pela doutrina e pela jurisprudência, o Ministério Público ofereceu a denúncia classificando o crime na forma continuada, em situação na qual os agentes, antes de roubar uma agência bancária, no dia anterior, roubaram um veículo para ser utilizado na empreitada criminosa. Nesse caso, o entendimento é de que há dois crimes de roubo, em concurso material. Também não é raro o Ministério Público, nada obstante a narrativa da conduta, não apontar a incidência de uma circunstância agravante ou até mesmo não levar em consideração uma circunstância que apresenta como causa de aumento ou que qualifica o crime.

Claro que a defesa, nesses casos, não vai se contrapor à classificação feita pelo Ministério Público, nem muito menos vai discutir que no caso não deve incidir a circunstância que agrava ou aumenta a pena ou que se apresenta como qualificadora do ilícito. Em verdade, a defesa fica em situação extremamente delicada. Se abordar a questão, pode chamar a atenção do juiz para a errônea na classificação do crime. Se ficar em silêncio, pode ser *surpreendido* com a *emendatio libelli* feita pelo juiz, na sentença, de modo que não terá a oportunidade de debate o tema.

Não se pode perder de vista que mesmo a mera *emendatio libelli* permite que o juiz profira sentença com *argumento novo*, pelo menos em relação à tipificação da conduta, que não foi objeto de debate pelas partes. Isso faz muita diferença. Imagine-se caso em que o Ministério Público denuncia imputando a prática do crime de corrupção ativa, porém, aplicando a *emendatio libelli*, o juiz reconhece que o que houve foi o crime de concussão? Não se há de negar que, nessas situações, está sendo permitido que, no ambiente do processo penal, em malfeição ao princípio da ampla defesa, o acusado seja surpreendido com o fundamento de parte substancial da sentença. Não parece razoável.

Note-se que esse ponto também era bastante questionado no processo civil. Por isso mesmo, a fim de evitar essa situação, o NCPC, no art. 10, deixou claro que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Instaurou-se no ambiente cível o que a doutrina denomina *princípio da não surpresa*.

A questão é: esse preceito contido no art. 10 do NCPC se aplica ao processo penal? Não temos dúvidas de que incide, e com mais razão ainda do que no processo civil, dada a dimensão

⁸²⁸ Cf. item 5.1.9.7, supra, que trata da *mutatio libelli* e do momento em que ela deve ser realizada

⁸²⁹ A respeito da *emendatio libelli* na decisão de recebimento da ação penal, cf. item 5.1.3.2, supra.

⁸³⁰ Sobre a suspensão condicional do processo, cf. o item 5.1.3.3, supra.

do princípio da ampla defesa no ambiente criminal. Com essa posição, porém, não defendemos que o art. 383, caput, do CPP, está revogado. É plenamente possível compatibilizá-lo com o princípio da não surpresa encampado expressamente pelo NCPC.

Preferencialmente, o juiz deve aplicar a *emendatio libelli* já quando do juízo de admissibilidade da ação penal ou, então, no momento do saneamento do processo (art. 399 do CPP). Não tendo ainda o juiz atentado para o erro na classificação do delito, deve fazê-lo, pelo menos, no início da audiência de instrução e julgamento, antes de iniciar a inquirição das testemunhas. Se a desclassificação for feita após a instrução, obviamente, isso pode acarretar prejuízo para as partes, que não terão a oportunidade de explorar, se for o caso, esse ponto nas oitivas das testemunhas e mesmo no interrogatório do acusado.

Excepcionalmente, admite-se, ainda, que a *emendatio libelli* seja feita nas razões finais pelo Ministério Público, desde que, na hipótese, não se enxergue prejuízo para a defesa, dado que demonstrada a irrelevância de a audiência de instrução não ter sido realizada com suporte na nova classificação delitiva. Dependendo do crime imputado, diante da mudança da classificação feita na ação penal, pode haver a necessidade de alteração não apenas da resposta, mas igualmente das próprias provas produzidas ou requeridas pela defesa. Imagine-se a situação em que a denúncia, a despeito de descrever a conduta referente à aplicação indevida de rendas ou verbas públicas, classifica a conduta do acusado no art. 1º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 201, de 1967, isto é, como se o ilícito fosse em razão apenas de o prefeito ter deixado de realizar a prestação de contas da aplicação de recursos, no devido tempo. Na sequência, ainda em audiência, após a produção de toda a prova documental e oral, nas razões finais, o Ministério Público pede, com suporte no art. 383, caput, do CPP, a classificação da conduta para o tipo previsto no inciso III do mesmo Diploma Legal. Ora, resta claro que a defesa fica prejudicada. A argumentação, a documentação acostada aos autos e as testemunhas arroladas na resposta vão estar focadas no sentido de demonstrar que não houve omissão quanto à prestação das contas. A única solução possível, aqui, caso seja acolhida a *emendatio libelli*, é aplicar o art. 384, § 4º, do CPP. Principalmente se a *emendatio libelli*, no caso imaginado, for para acrescentar à imputação, além do tipo do art. 1º, VII, do Código Penal, o ilícito estampado no inciso III do dispositivo em foco. Ou então, o que é mais conveniente em alguns casos, a fim de não prejudicar o andamento do processo, especialmente quando há outros crimes para decidir, o juiz pode não aceitar a *emendatio libelli*, ressaltando a possibilidade de que a outra e especificamente ação penal seja ofertada pelo Ministério Público.

Na situação em que as razões finais já tenham sido oferecidas, o juiz, em obséquio ao princípio da não surpresa plasmado no art. 10 do NCPC, tem duas alternativas, quando entender que, na hipótese, há a possibilidade de aplicação do art. 383, caput, do CPP: (a) determinar a intimação, sucessivamente, do Ministério Público e da defesa, a fim de que complementem as respectivas razões finais, tendo em consideração a possibilidade de haver a *emendatio libelli* para determinado crime; (b) se for o caso, especialmente quando se trata de acusação pelo cometimento de mais de um ilícito, para evitar o retardamento do trâmite processual, julgar o processo sem aplicar a *emendatio libelli*, com consequente absolvição em relação ao crime capitulado de forma equivocada, ressaltando, assim como mencionado supra, a possibilidade de o Ministério Público, mediante o ajuizamento de outra ação penal, denunciar o acusado pela prática do crime correto.

Quanto à segunda opção acima, que pode ser utilizada independentemente de já ter ocorrido ou não a apresentação das razões finais, cabe observar que a exceção da coisa julgada, na seara criminal, só pode ser oposta em relação ao *fato principal* que tiver sido objeto da sentença. Portanto, é suficiente para evitar a formação da coisa julgada, a consideração na sentença de que a absolvição quanto a um dos crimes foi pela impossibilidade de aplicação da *emendatio libelli* de ofício, pelo que não fica vedada a possibilidade de nova imputação com suporte nos mesmos fatos, desde que corrigida a classificação do tipo penal.

5.1.9.8.3. Prisão (preventiva) com a sentença condenatória

Nada obstante a previsão normativa das prisões processuais denominadas preventiva e temporária, o direito de liberdade também podia ser restringido em virtude, apenas, da condenação imposta em primeiro grau, pois, conforme a redação primária do Código de Processo Penal, tendo em consideração o disposto nos arts. 393, I⁸³¹ e 594⁸³², a prisão era um efeito *ipso facto* da sentença condenatória. Havia, portanto, uma espécie de presunção de culpabilidade a partir do juízo condenatório realizado pelo juiz singular, antes mesmo de esgotada a jurisdição de partes.

Equacionando essa anomalia, a Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, mais conhecida como *Lei Fleury*⁸³³, emprestou nova redação ao art. 594⁸³⁴, a fim de permitir a interposição do recurso em liberdade, quando condenado fosse primário e tivesse bons antecedentes. Por conseguinte, mesmo sem que tenha sido alterado o conteúdo do inciso I do art. 393 do CPP, daí em diante, para que o juiz, nos crimes em geral, impusesse a prisão com a sentença condenatória, havia a necessidade de que o acusado fosse considerado reincidente ou possuidor de maus antecedentes.

Em razão da promulgação da Constituição de 1988 houve acirrada discussão quanto à persistência da prisão que era inculpada no art. 594 do Código de Processo Penal, a prisão decorrente da sentença condenatória, fulcrada no fundamento de que de que o acusado, à míngua da existência dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, deveria ser recolhido ao cárcere, pelo fato de não ser primário ou não possuir bons antecedentes.

Esse tipo de prisão que podia ser decretada pelo juiz com a sentença diferida, substancialmente, das prisões preventiva e temporária. Com efeito, a temporária somente é possível na fase do inquérito policial; enquanto a preventiva, a qualquer momento, antes ou depois de iniciada a relação processual, podendo, até mesmo, ser encartada na própria sentença condenatória, desde que presente, pelo menos, um dos fundamentos gravados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Já a hipótese de prisão que era registrada no art. 594 do mesmo diploma legal apenas podia ocorrer durante a relação processual instaurada mercê do oferecimento da ação penal, ainda assim, no exaurimento do ofício jurisdicional de primeira instância, que se dá com a prolação da sentença. Ademais, essa espécie de prisão possuía requisitos específicos em nada parecidos com os reclamados seja para a prisão preventiva, seja para a temporária, uma vez que a decretação da *prisão cautelar*, nesse caso, tinha a sua necessidade fundamentada na circunstância de o acusado *ser reincidente ou possuir maus antecedentes*.

A circunstância de ser espécie de prisão decretada pelo juiz no momento da prolação da sentença, definindo a culpabilidade do acusado, fez com que a questão fosse tratada, por boa parte dos doutrinadores, como efeito do decreto jurisdicional condenatório, de modo que esse recolhimento ao cárcere estaria mais para uma *tutela antecipada* ou *execução provisória* do julgado do que para uma medida genuinamente acautelatória. Por enxergar esse tipo de prisão como forma de execução provisória da pena determinada na sentença, subordinada a condição resolutiva (provimento do recurso), essa parte da doutrina sustentava que tal espécie prisional estava em descompasso com a cláusula constitucional da presunção de não culpabilidade, razão pela qual defendia que ela havia sido revogada pela Constituição de 1988.

Tal entendimento sofria a influência da omissão do legislador em não ter providenciado a modificação, igualmente, da redação do art. 393, I, do Código de Processo Penal, que estabelecia

⁸³¹ A redação originária do art. 393, I era a seguinte: “Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança”.

⁸³² A redação originária do art. 594 era a seguinte: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”.

⁸³³ A Lei Fleury tanto é criticada quanto incompreendida.

⁸³⁴ Art. 594 com a redação determinada pela Lei nº 5.941, de 1973: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

como efeito da sentença criminal condenatória “... ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.”⁸³⁵ De fato, antes da Lei Fleury (Lei nº 5.941/73), a decretação da prisão, mesmo nos crimes afiançáveis, era um efeito cogente da sentença condenatória.

Depois, conforme acentuado acima, com a nova redação dada ao art. 594 do Código de Processo Penal pela Lei Fleury, para a imposição da prisão com a sentença deixou de ser suficiente a condenação, passando a ser necessário que o juiz fundamentasse tal necessidade baseado na circunstância de o acusado não ser primário ou não possuir bons antecedentes.

Antes, sem dúvida alguma, da forma como o assunto era tratado pela legislação processual, a prisão imposta com a sentença não tinha nenhuma função acautelatória e possuía clara natureza antecipatória, constituindo-se título executivo idôneo para que se desse início à execução provisória da condenação. Eugênio Pacelli⁸³⁶, atento para esse importante detalhe, expõe que “Seja como for, na ordem jurídica precedente, sobretudo naquela que remonta ao início da vigência do CPP, as prisões decorrentes de sentença recorrível (art. 594) e de pronúncia (art. 408) não guardavam mesmo qualquer compromisso com a cautelaridade, impondo-se como verdadeiras execuções, no que tinha razão Afrânio Silva Jardim”⁸³⁷.

Contudo, devido à mutação legislativa, que passou a exigir, para a decretação da prisão com a sentença, a sua fundamentação no fato de o acusado ser reincidente ou possuir maus antecedentes, essa espécie de prisão, ao contrário do que sustenta Afrânio Silva Jardim⁸³⁸, passou a apresentar feição acautelatória, que guardava identidade com o gênero prisão provisória ou prisão processual.

Com efeito, anteriormente, a decretação da prisão com a sentença condenatória era mero *efeito compulsório*. Era irrelevante a circunstância de o acusado ser primário ou reincidente, ter bons ou maus antecedentes. Proferida a sentença, o juiz, *ipso facto*, decretava a prisão, só não havendo o recolhimento do acusado para o cárcere nos casos em que, sendo afiançável o crime, fosse efetuado o pagamento para garantir a sua permanência em liberdade. Com a nova redação que foi dada ao art. 594 do Código de Processo Penal pela Lei Fleury, o juiz, para decretar a prisão com a sentença, salvo no caso da preventiva, tinha de fundamentar baseado na circunstância de o acusado ser reincidente ou possuir maus antecedentes.

Conforme o exame do tratamento então dispensado pela legislação brasileira ao tema, mostrava-se coerente sustentar o entendimento de que, para a decretação de prisão processual a primariedade ou os bons antecedentes não eram suficientes. Durante o transcurso do processo, a circunstância de o acusado ser primário ou não possuir bons antecedentes, por si só, apresentava-se insuficiente para a justificação da prisão processual.

Ainda que o acusado fosse reincidente e não possuísse bons antecedentes, para a decretação da prisão preventiva, o juiz tinha de sustentar a decisão em um dos fundamentos plasmados no art. 312 do Código de Processo Penal, até porque, antes da sentença, ainda que certa a materialidade do crime, no que diz respeito à autoria, não há mais do que meros indícios. O que se quer dizer é que, como a prisão preventiva não é feita tendo como base um juízo de culpabilidade, porém apenas de probabilidade ou de verossimilhança da pretensão acusatória, para que se flexibilizasse uma garantia essencial do cidadão da magnitude do direito de liberdade, é bastante razoável que o legislador se cerque de maiores cuidados quanto às hipóteses de prisão, mediante a previsão de critérios normativos mais rígidos.

No entanto, quando o magistrado, após vencer a resistência da dúvida, firma juízo de valor quanto à culpabilidade do acusado, de modo que conclui pela sua condenação, mostra-se adequado

⁸³⁵ O art. 393 só foi revogado com a Lei nº 12.403, de 2011.

⁸³⁶ Curso de processo penal, p. 536.

⁸³⁷ De fato, Afrânio Silva Jardim sustenta, com base ainda na disciplina anterior, que a prisão resultante da eficácia da sentença condenatória passível de recurso não é espécie do gênero prisão provisória, de modo que, desde a origem do Código de Processo Penal de 1941, ela conserva a sua natureza de execução provisória (**Direito processual penal**: estudos e pareceres. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 276).

⁸³⁸ *Ibid.* p. 276.

que, para ser demonstrada a necessidade de imposição da prisão com a sentença, seja suficiente fundamentar a tutela cautelar no fato de ser recomendável essa medida diante da falta de primariedade ou de bons antecedentes, como prescrevia o art. 594 do CPP.

Não havia necessidade de invocar-se nenhuma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, pois, conforme assinalado, os fundamentos da prisão decretada na sentença condenatória passível de recurso eram outros, aqueles então pinçados no art. 594 do CPP, bem diferentes dos que conferem azo à prisão preventiva, plasmados no art. 312 do CPP.

Note-se bem a diferença. A prisão preventiva tem como requisitos a prova da materialidade e indícios de autoria, de modo que ela reclama, para a sua decretação, apenas o *fumus boni iuris* quanto à pretensão acusatória, ou melhor, quanto à autoria e à culpabilidade. Aqui há apenas a plausibilidade da afirmação contida na peça acusatória em relação à culpa do acusado.

De outra banda, a prisão com a sentença condenatória ainda sujeita a modificação por força do recurso interposto pelo sucumbente, nos termos do então art. 594, se escorava em um juízo de certeza não apenas sobre a materialidade do ilícito, mas igualmente em relação à autoria e à culpabilidade. Nesse caso, a prisão processual detinha como suporte a conclusão judicial quanto à responsabilidade penal do inculpaado, mesmo que esta ainda pudesse vir a ser modificada em razão de eventual acolhimento do querer veiculado em recurso com o qual se pede a modificação do que ali ficou assentado.

Por isso mesmo, ou seja, devido à circunstância de, com a sentença, haver um juízo de culpabilidade formalizado contra o acusado, após lhe ser assegurado não só o pleno exercício do direito de defesa, como também o gozo do *favor rei* (*in dubio pro reo* ou presunção de não culpabilidade), que lhe dá o benefício da dúvida, para que ele permanecesse com o seu direito de liberdade incólume, não se exigia apenas que a situação não se enquadrasse em uma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, mas, igualmente, que da análise de sua condição de reincidente e de portador de maus antecedentes, não exsurgisse fundamento para a decretação de sua prisão.

Em resumo, de conformidade com o entendimento aqui expandido, a fim de destacar as distinções entre a prisão preventiva e a processual que era embasada nos fundamentos do então art. 594, impõe-se destacar o seguinte, em relação à prisão preventiva: (1) pode ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo; (2) os seus fundamentos são os plasmados no art. 312 do Código de Processo Penal (para manutenção da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal); (3) tem como requisitos a materialidade do crime e indícios de autoria ou participação; (4) não contém juízo de valor sobre a culpabilidade, mas apenas de probabilidade de procedência do pedido condenatório; (5) não vigora o princípio do *in dubio pro reo*; e (6) de regra, tem o direito de defesa assegurado apenas depois de imposta a prisão, ainda assim, ela não é ampla, pois não se permite discussão aprofundada sobre os fatos e o mérito da questão.

Quanto à prisão processual decretada com base no que previa o art. 594 do Código de Processo Penal: (1) somente podia ser determinada na sentença; (2) os seus fundamentos eram os plasmados no art. 594 do Código de Processo Penal (reincidência ou maus antecedentes); (3) tinha como requisito não apenas a materialidade do crime, mas também a certeza da culpabilidade; (4) continha juízo de valor sobre a culpabilidade; (5) observava o princípio do *in dubio pro reo*; e (6) apenas podia ser imposta depois de assegurado ao acusado o exercício pleno do direito de defesa perante a Primeira Instância.

Em que pesem essas distinções, a prisão decretada com fundamento no então art. 594 do Código de Processo Penal detinha natureza acautelatória, pois ela não era mero efeito da sentença condenatória, porquanto, para a sua imposição, exigia-se a demonstração da necessidade do encarceramento do acusado antes mesmo do exaurimento da ampla defesa, o que se fazia com o exame das consequências advindas da circunstância de ele não ser primário ou de não ter bons antecedentes.

Mas a Lei nº 11.719, de 2008, ao acrescentar um parágrafo único ao art. 387 do Código de Processo Penal, esclareceu que, com a prolação da sentença, o juiz deverá, fundamentadamente,

dizer se é o caso de imposição de prisão preventiva *ou de outra medida cautelar*. Para deixar bem clara a sua intenção, o legislador, com a mesma lei, expressamente, revogou o art. 594. Assim, caso o juiz queira, com a sentença condenatória, passível de recurso, decretar a prisão do acusado, terá de fundamentá-la em uma das hipóteses do art. 312 do CPP, o que, em nosso sentir, não parece ter sido a melhor escolha.

O pior é que o legislador da Lei nº 11.719, de 2008, assim como ocorreu com o da Lei Fleury, se esqueceu de modificar a redação do art. 393, inciso I⁸³⁹, do Código de Processo Penal. Esse paradoxo só foi resolvido com a segunda etapa da Reforma Tópica, que revogou, em sua inteireza, o art. 393 do CPP e, por outro lado, incluiu os §§ 1º e 2º no art. 387⁸⁴⁰, com transferência para este do conteúdo do então parágrafo único.

Diante dessa nova disciplina, mais do que nunca, uma última palavra é pertinente sobre o assunto. Ferri⁸⁴¹, com carradas de razão, dizia que não se pode, em razão do princípio da presunção de não culpabilidade, conceber a impossibilidade de determinar-se, logo com a prolação da sentença, mesmo ainda sujeita a recurso de apelação, a prisão de quem seja condenado por uma *forma atávica de delinquência*.

Garofolo⁸⁴², outro arauto da escola positiva, também não se conformava com a falta de *eficácia* das sentenças condenatórias, dado que a mera interposição do recurso já era suficiente para assegurar ao acusado o direito de permanecer em liberdade, nada obstante a certificação de sua culpa assentada em pronunciamento judicial. Esse tratamento legislativo, aponta Garofolo⁸⁴³, dá ensejo a que, como estratégia de defesa, sejam adotadas medidas para retardar o andamento do processo e que sempre seja interposto o recurso da sentença, o que compromete, em tudo, a celeridade processual.

Uma coisa é certa: se se quer, realmente, diminuir o sentimento de impunidade que reina em nosso cenário, é indispensável repensar o papel da sentença dada pelo juiz de primeira instância. Ela não pode, especialmente no processo criminal, ser um *nada jurídico*. Dada a sentença, a regra é que ela tem de ter algum efeito concreto, sob pena de a jurisdição de primeira instância ser uma mera etapa de passagem, com concentração do poder decisório nas instâncias superiores.

Na 2ª edição, sugerimos a modificação do Código de Processo Penal, a fim de que o efetivo poder decisório da magistratura de primeira instância seja resgatado. Especialmente nos crimes mais graves, quando o juiz decidir pela condenação, é imprescindível que seja feita a avaliação na sentença quanto à potencialidade lesiva da permanência em liberdade do acusado. Chegamos a fazer menção a proposta apresentada ao parlamento pela Associação dos Juizes Federais do Brasil — Ajufe enviou para o Parlamento sugestão de mudança do Código de Processo Penal, no sentido de que fosse conferida nova redação para o art. 393, § 2º, a fim de possibilitar que o juiz, nos casos de sentença condenatória impondo regime fechado, pudesse decretar a prisão ou, quando suficiente, determinar outra medida cautelar menos gravosa, para afastar risco à segurança da sociedade ou para evitar a fuga do condenado⁸⁴⁴.

Melhor refletindo, certamente essa não é a melhor proposta. Pensamos ser preferível firmar o entendimento de que o princípio da presunção de não culpabilidade, a despeito da dicção normativa empregada na Constituição, não impede o recolhimento à prisão como efeito de decisão

⁸³⁹ A doutrina e a jurisprudência já tinha firmado o entendimento da revogação do inciso II do art. 393, ao argumento de que, em razão do princípio da presunção de não culpabilidade, encartado na Constituição de 1988, o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença.

⁸⁴⁰ Art. 387. O juiz, ao preferir sentença condenatória:

(...)

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

⁸⁴¹ *Princípios de direito criminal*, p. 194-195.

⁸⁴² *Criminologia*. 3. Ed. Tradução Júlio de Mattos, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916, p. 419.

⁸⁴³ *Ibid.*

⁸⁴⁴ Cf. BRASIL. Associação dos Juizes Federais do Brasil. Disponível em: www.ajupe.org.br. Acesso em: 17 jan. 2007.

de tribunal, tendo em consideração que os recursos especial e extraordinária não possuem efeito suspensivo.

No ponto, esse era o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme julgado de 1991, exarado no HC 68.726, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, merecendo registro a parte na qual se ressaltou que “(...) Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que o julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu”.

Essa posição da Colenda Corte de Justiça se manteve pelo menos até o julgamento do HC nº 91.675, publicado no DJ de dezembro de 2007, tendo a Ministra Cármen Lúcia, na parte que interessa, evidenciado que a “A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo.”

Porém, essa jurisprudência consolidada do STF foi alterada pelo Plenário em 5 de fevereiro de 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG⁸⁴⁵, quando, por uma maioria de 7 (sete) votos a 4 (quatro)⁸⁴⁶, os ministros definiram, em obséquio ao princípio da presunção de não culpabilidade, a impossibilidade do início da execução da pena antes do trânsito em julgado.

A ementa do acórdão do referido *leading case* foi redigida pelo Ministro Eros Grau, merecendo menção as seguintes partes:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

(...)

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

(...)

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

Não demorou, porém, para o Supremo Tribunal Federal voltar a sua posição original, de modo que em 17 de fevereiro de 2016, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, por maioria, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski⁸⁴⁷, em voto da relatoria do Ministro Teori Zavascki⁸⁴⁸, o Plenário do Supremo

⁸⁴⁵ Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stf.jus.br. Data do julgamento: 17 fev. 2016. Acesso em: 4 out. 2017.

⁸⁴⁶ Ficaram vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. O Relator Eros Grau foi acompanhado pelos Ministros Celso De Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski.

⁸⁴⁷ Acompanham o Relator Teori Zavascki os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.

⁸⁴⁸ Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stf.jus.br. Data do julgamento: 17 fev. 2016. Acesso em: 4 out. 2017.

Tribunal Federal, deixou plasmada a seguinte posição:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. (...)

Estreme de dúvidas que essa posição era a mais aceitável e equilibrada, ademais de retomar o entendimento que é da tradição de nosso sistema jurídico e estar em sintonia com o Direito Comparado. Até porque o acusado poderá, sempre e sempre, conforme o caso, diante das singularidades, pedir na pendência da interposição ou apreciação de recurso especial ou extraordinário, que seja emprestado efeito suspensivo ao pleito recursal, com suporte no art. 1.029, § 5º, do NCPC⁸⁴⁹.

Isso sem contar que o Ministro Teori Zavascki salientou, em seu voto, a possibilidade de a defesa utilizar, ainda, habeas corpus, quando tiver fundamentos relevantes que apontem a temeridade do prematuro recolhimento à prisão, solicitando, assim, que seja concedida liminar no escopo de sustar a execução provisória.

Por outro lado, essa delimitação do alcance do princípio da presunção de não culpabilidade exsurge ainda da necessidade de harmonizá-lo com a garantia da duração razoável do processo, que no ambiente do processo penal não se apresenta apenas como critério para observar a eficiência do sistema, pois a demora na resposta alimenta, decisivamente, o *sentimento de impunidade*. Aliás, toda e qualquer abordagem crítica do processo criminal tem como ponto de partida a questão do tempo do processo, especialmente em casos que causam maior comoção perante a sociedade. Ademais, não raro, seja pela confissão, seja em razão do avanço tecnológico das perícias e a utilização como prova de imagens da cena criminoso, a permitir que se certifique tanto a materialidade quanto a autoria, o tempo é utilizado como instrumento para evitar, ao extremo, a responsabilização pelo crime.

Há crimes em que os agentes são flagrados de forma inescandível por câmeras de segurança e outros tantos que são esclarecidos com precisão pelo exame pericial realizado com a coleta de perfis genéticos, de modo que o próprio acusado não encontra outra alternativa senão confessar. Em situação assim, a única estratégia efetiva para obstar que os efeitos de uma sentença condenatória sejam efetivados é a utilização de todos os recursos disponíveis. E aqui não se está criticando a possibilidade da interposição de recurso. Para todos os efeitos, o problema não é a existência em si dos recursos, mas, porém, a disciplina normativa que lhe é conferida e, especialmente, o alcance que se dá ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Ainda quanto ao fenômeno do tempo no processo penal, deve-se ter em mente que no nosso sistema, na medida em que não se admite a pena de morte e sequer a pena de prisão com caráter perpétuo, a função da pena é perquirir a ressocialização ou a redução de danos, evitando que a pessoa em liberdade pratique crimes, e servir de exemplo a desestimular as outras pessoas na prática de ações delituosas. Por conseguinte, a eventual pena a ser imposta no processo criminal deve guardar certa contemporaneidade com os fatos, sob pena de deixar a sociedade sujeita à reiteração da prática de crimes pelo agente.

É verdade que, para obviar essa questão do custo temporal do processo, a medida cautelar

⁸⁴⁹ O NCPC revogou os arts. 26 a 29 da Lei nº 8.038, de 1990, que disciplinavam os recursos extraordinário e especial. Assim, hoje, os recursos extraordinário e especial na matéria criminal estão regulados no NCPC. O pedido de efeito suspensivo deve ser dirigido (a) ao tribunal superior respectivo, se solicitado no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua respectiva distribuição; (b) ao relator, se já distribuído o recurso; e (c) ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, conforme estabelecido no respectivo regimento interno, se solicitado no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso (art. 1.029, §5º, incisos I, II e III, do NCPC).

de ordem pessoal detentiva ou diversa da prisão, em certa medida, pode ser suficiente para obstar que o acusado, enquanto tramita o processo, pratique outros crimes. Entretanto, imagine-se a situação em que alguém pratica um crime de homicídio e, a partir desse fato, arrependido pelo que fez, muda radicalmente seu estilo de vida, passando a ter um comportamento exemplar, evidenciando ser, daí em diante, uma pessoa, incapaz de qualquer ato de violência. Mesmo assim, passados 20 (anos) do crime, enfim, o processo a que responde transita em julgado, mercê do julgamento do recurso extraordinário, sendo expedido o mandado de prisão para o início do cumprimento da pena. Tendo em conta os fins da pena, seria como se o sistema dissesse assim: você vai ser preso para pagar pelo que fez – em outras palavras, ser punido – e evitar que venha a praticar outros crimes e a fim de que você seja recuperado. Ora, isso não parece razoável.

A resposta lógica do observador atento: se durante esses 20 (vinte) anos ele não voltou a praticar nenhum crime, pelo contrário, teve uma *vida exemplar*, não há necessidade de que seja preso para evitar que ele pratique novos crimes, ademais de o tempo demonstrar que ele está pelo mesmo objetivamente, recuperado. Por conseguinte, a aplicação da pena, nesse caso, representa, apenas, a *punição pela punição*.

Dessa maneira, até mesmo tendo em conta a finalidade do processo criminal, impõe-se entender que o princípio da presunção da não culpabilidade deve sofrer variações conforme exista um *juízo de condenação*, notadamente quanto tal se verifica em segundo grau de jurisdição ou em decisão emanada por colegiado, no caso de competência por prerrogativa de função.

No desiderato de firmar o retorno à orientação tradicional sobre a matéria e, de permeio, guiar as decisões nas demais instâncias judiciais, o Tribunal Excelso, em regime de repercussão geral, no julgamento do RE 964.246/SP⁸⁵⁰, reafirmou a jurisprudência no “sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”.

No entanto, infelizmente, alguns Ministros do próprio Supremo Tribunal, contrariando a repercussão geral do julgado, em decisões monocráticas, passaram a decidir que é incompatível com o princípio da presunção de não culpabilidade a execução provisória antes do trânsito em julgado.

Ademais, no julgamento do habeas corpus preventivo nº 152.752, impetrado em nome do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, malgrado o Supremo Tribunal Federal, por maioria de um voto, tenha mantido o novo entendimento sobre o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade, foi lançado o indicativo⁸⁵¹ de que, quando do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade sobre o art. 312 do Código de Processo Penal, seria alterada uma vez mais a jurisprudência a respeito do tema.

E a nova mudança da orientação jurisprudencial de fato se efetivou. Em 7 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 54, voltou atrás mais uma vez, agora para exigir o trânsito em julgado de decisão condenatória para o início da execução da pena.

Para consolidar esse entendimento, a Lei nº 13.964, de 2019, alterou a redação do art. 283, caput, do CPP. Na redação anterior, imposta pela Lei nº 12.403, de 2011, o legislador tratou basicamente de reproduzir o texto constitucional em relação ao princípio da presunção de não culpabilidade, de modo que repetiu a expressão *sentença condenatória transitada em julgado*. Com a alteração promovida pelo chamado Pacote Anticrime, foi utilizada a expressão *condenação criminal transitada em julgado*. Dessa forma, pelo menos no plano infraconstitucional, está claro que o início da execução penal reclama o trânsito em julgado, independentemente do tipo de decisão. Essa iniciativa do legislador evidencia a procedência da tese aqui defendida de que, tal

⁸⁵⁰ Disponível em www.stf.jus.br. Data do julgamento: 17 fev. 2016. Acesso em: 4 out. 2017.

⁸⁵¹ Ocorreu o que na cultura dos precedentes a doutrina denomina *signaling*. Essa circunstância ficou clara no teor do voto da Ministra Rosa Weber, que, invocando o princípio da segurança jurídica, manteve o entendimento do colegiado, porém, sinalizou que modificará o seu entendimento, quando a matéria for discutida na ADC.

como redigido, o princípio da presunção de não culpabilidade Constituição não é empecilho para o início do cumprimento da pena após decisão de tribunal. No ponto, trata-se de uma escolha política do legislador definir que assim seja, sendo possível, entretanto, a alargar o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade, assim como procedeu o Parlamento, ao alterar, por meio da Lei nº 13.964, de 2019, a redação do caput do art. 283 do CPP.

O problema é que o mesmo Pacote Anticrime modificou a redação do art. 492, alínea *e*, do CPP, a fim de permitir, quando se tratar de condenação oriunda de decisão do tribunal do júri, em que imposta pena igual ou superior a 15 (quinze) anos, o imediato início do cumprimento da pena. É certo que o nome técnico da decisão da alçada do conselho de sentença é denominado *veredito*. Mas, de toda sorte, se enquadra no gênero *decisão*.

De outra banda, quem faz a dosimetria da pena não é o conselho de sentença, mas o juiz presidente do tribunal do júri. Portanto, aparentemente, uma regra se atrita com a outra. Porém, como ambas alterações foram obra da Lei nº 13.964, de 2019, o mais adequado é entender que o disposto na alínea “*e*” inciso I do art. 492 é uma exceção à regra estampada no art. 283, caput, ambos do CPP, tratamento diferenciado que se justifica tendo em conta a incidência do princípio da soberania dos vereditos nos julgamentos realizados pelo tribunal do júri, no qual o recurso de apelação não comporta discussão no que pertine aos fatos em si, a não ser quando a decisão se apresenta manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, alínea *d*, do CPP).

5.1.9.8.3.1. Necessidade de fundamentação da prisão preventiva ou da medida cautelar diversa imposta com a sentença recorrível ou, se for o caso, da sua manutenção

Cabe verificar que, não sendo mais a decretação da prisão um mero efeito necessário da sentença condenatória, o juiz, caso queira dar essa determinação, a despeito de toda a fundamentação exposta quanto à responsabilidade do acusado pelo fato ilícito, terá de motivar a razão pela qual entende que este deve, desde logo, ser encaminhado para o cárcere⁸⁵². Ademais, a partir do momento em que a Lei nº 11.719, de 2008, revogou, de forma expressa, o art. 594 do CPP, para que seja possível a prisão com a sentença condenatória, o juiz terá de escorar a fundamentação em uma das hipóteses do art. 312 do mesmo Diploma Legal. É que, nada obstante a ressalva feita no tópico anterior, o legislador se filiou à corrente doutrinária de que a prisão decorrente da sentença condenatória se confunde com a preventiva prevista no art. 312 do CPP. Dessa forma, evidentemente, a discussão anterior quanto à necessidade, ou não, da fundamentação da prisão decretada com a sentença condenatória passível de recurso perdeu razão de ser. A norma do art. 387, parágrafo único, do CPP, é expresso: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.” Portanto, o juiz terá de fazer fundamentação, mesmo que seja apenas para justificar a manutenção da prisão preventiva, anteriormente decretada.

Na primeira edição deste livro, pelo fato de não ter sido revogado o inciso I do art. 393, advertimos: “Não se pense que a circunstância de o legislador da Lei nº 11.719, de 2008, não ter revogado o inciso I do art. 393 do CPP enseja a interpretação de que a prisão, tal como ocorria antes da Lei Fleury, passa a ser efeito inexorável da sentença condenatória. É verdade que o

⁸⁵² No julgamento do Habeas Corpus nº 80174/SP o Ministro Maurício Corrêa, na redação do acórdão, disse que “A prisão do réu é mero efeito da sentença condenatória recorrível — salvo se for prestada fiança, quando cabível (CPP, artigo 393, I)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS-CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO, PRATICADO POR PACIENTE QUE CUMPRIA PENA PELO MESMO DELITO EM REGIME SEMI-ABERTO. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO À PRISÃO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPUGNAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO EXPEDIDO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 06/06/2000. Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 15 jul. 2005.

legislador incorreu em lapso quando não determinou a revogação da norma jurídica em destaque.” Pois bem, com a segunda etapa da Reforma Tópica, finalmente, o legislador resolveu a antinomia, determinado a revogação tanto do art. 393 quanto do art. 595, ambos do CPP (art. 4º da Lei nº 12.403, de 2011).

A revogação era devida, a fim de que fosse mantida a coerência com o parágrafo único do art. 387 do CPP, acrescentado pela Lei nº 11.719, de 2008, o qual deixa claro que, mesmo no caso de mera manutenção de prisão preventiva, ainda assim, o juiz terá de fazer a necessária fundamentação. Ou seja, se quando da prolação da sentença o acusado estiver preso, o juiz, em caso de condenação, terá de fundamentar a necessidade de sua manutenção.

A ausência de pronunciamento sobre a manutenção, ou não, da prisão, caracteriza omissão, a ser sanada por meio de embargos de declaração. Se, porém, não for interposto o recurso de embargos de declaração, a prisão preventiva decretada anteriormente à sentença passa a ser ilegal, podendo, esse vício processual, ser sanado por meio do relaxamento da prisão, mediante pedido nesse sentido em Primeira Instância ou, então, da interposição de habeas corpus, que é a solução mais adequada.

Obviamente, se a sentença for absolutória, o juiz não poderá decretar ou manter a prisão preventiva, de modo que, estando o réu preso, mesmo na hipótese de nada restar consignado no pronunciamento judicial, a soltura imediata do acusado se impõe, não sendo, aqui, propriamente caso de omissão a desafiar embargos de declaração.

Finalmente, com a segunda etapa da Reforma Tópica, completou-se o sentido do art. 387, parágrafo único, do CPP, diante da previsão das medidas cautelares diversas da prisão, que podem ser impostas, igualmente, com a sentença condenatória. Aliás, em virtude do princípio da subsidiariedade da prisão processual, inserido em nosso sistema com a segunda etapa da Reforma Tópica, o juiz deverá dar preferência a decretar, com a sentença, quando for o caso, medida cautelar diversa da prisão⁸⁵³. Malgrado a redação do dispositivo clara e suficiente, não há dúvidas de que, caso no curso do processo tenha sido decretada medida cautelar diversa da prisão, o juiz, na sentença condenatória, assim como tem de fazer em relação à prisão preventiva, haverá de fundamentar quanto a necessidade de sua manutenção.

5.1.9.8.3.2. Direito de recorrer, independentemente do recolhimento à prisão

O direito à ampla defesa, na qualidade de direito fundamental, abrange não apenas o direito de o acusado defender-se perante o juiz que vai julgá-lo em Primeira Instância, mas também o de impugnar as decisões que lhe são desfavoráveis⁸⁵⁴. É o chamado direito ao duplo grau de jurisdição⁸⁵⁵, que corresponde ao direito de exaurir o debate sobre o assunto perante a justiça de partes, não o de levar a discussão da lide para todos os órgãos jurisdicionais previstos na organização judiciária⁸⁵⁶.

Ademais de o duplo grau de jurisdição ser garantia implícita na cláusula da ampla defesa, com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)⁸⁵⁷, ela restou positivada em nosso ordenamento jurídico, pois consta do documento internacional em referência — que, se não possui *status* constitucional, constitui-se lei ordinária federal —, como direito do acusado “... recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (art. 8.2,

⁸⁵³ Cf. item 6.1.5, *infra*.

⁸⁵⁴ Cf. SILVA JÚNIOR, **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 770-774.

⁸⁵⁵ A garantia do duplo grau de jurisdição, porém, comporta exceções, como se verifica nas hipóteses de competência por prerrogativa de função.

⁸⁵⁶ Consoante a organização judiciária brasileira, a justiça de partes é formada pelos órgãos de primeira e segunda instâncias. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são tribunais de federação, cujas missões ordinárias são de uniformizar e dar a última palavra, aquele quanto às questões constitucionais, e este a respeito das matérias infraconstitucionais federais.

⁸⁵⁷ Por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana.

h, da CADH). Do mesmo modo, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de modo enfático, está dito que “Qualquer pessoa declarada culpada de um delito terá o direito de apelar da decisão e depois para uma instância superior, em conformidade com a lei” (art. 14.5)⁸⁵⁸.

A consequência jurídica da garantia do duplo grau de jurisdição é que não pode haver a supressão do direito ao recurso da decisão de Primeira Instância. Nessa linha de pensamento, Ada Pellegrini, Antonio Scarance e Gomes Filho⁸⁵⁹ sustentam que, “... a partir de 1992, pela ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio do duplo grau integra o direito positivo brasileiro em nível supralegal, mediante a norma do art. 8, n. 2-h, do Pacto, que assegura o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.” Assim como ocorre no Processo Civil, no Processo Penal, exceto quando se trata de sentença exarada com suporte em decisão tomada pelo tribunal do júri, sempre é admissível o manejo do recurso de apelação, por meio de fundamentação livre.

Todavia, nas hipóteses do art. 59 da Lei nº 11.343/2006 e art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90, o legislador ainda condiciona, no primeiro caso, ou pode condicionar, no segundo, a interposição do recurso ao prévio recolhimento à prisão. Em outras palavras, o juiz, ao proferir a sentença e determinar o recolhimento do acusado à prisão mesmo antes do trânsito em julgado, expõe que o eventual recurso a ser interposto somente será admitido se, desde logo, ele passar a cumprir o que determina a decisão judicial. Se o acusado não passar a cumprir a decisão, mediante o seu recolhimento à prisão, não lhe será admitido o recurso cabível para impugná-la. A ausência do recolhimento à prisão, nesses casos, é eleita como fato impeditivo da admissibilidade recursal⁸⁶⁰. Com isso, quando o juiz decreta a prisão com a sentença ainda passível de recurso e diz, em seu texto, que este somente será cabível caso haja o prévio recolhimento à prisão, está negando o duplo grau de jurisdição ao acusado que se recusa a cumprir uma decisão com a qual ele não concorda. Enfim, nada obstante o *interesse-necessidade-utilidade* em interpor o recurso, o acusado, a não ser que se recolha à prisão, não terá o direito de pedir a revisão do julgamento.

É evidente que estabelecer o prévio recolhimento do réu à prisão como pressuposto à admissibilidade do recurso de apelação ou em sentido estrito, configura cerceamento do direito de defesa, uma vez que suprime o direito de recorrer, com conseqüente negativa de acesso ao duplo grau de jurisdição, daí por que devem ser considerados revogados ou inconstitucionais todos os dispositivos infraconstitucionais que preceituam regra nesse sentido. Ainda que se defenda que o direito à ampla defesa, previsto na Constituição, não abrange o de recorrer, estariam revogados os dispositivos que impõem como condição do recurso o prévio recolhimento à prisão, em razão do plasmado no Pacto de San José da Costa Rica.

O Superior Tribunal de Justiça, em um primeiro momento, enfrentou essa questão e apresentou como solução o enunciado inscrito na Súmula nº 9: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.” O conteúdo do entendimento sumular denota que o Superior Tribunal de Justiça, naquela oportunidade, enfrentou a questão tendo em conta ressaltar a natureza cautelar da prisão decretada com a sentença. O

⁸⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. **As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano**: estudo introdutório, p. 204. No plano jurídico internacional, o duplo grau de jurisdição está catalogado como um direito fundamental decorrente da ampla defesa.

⁸⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos em espécie, ações de impugnação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 24. Com esteio na interpretação emprestada ao art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, os autores defendem que a regra prevista na convenção, com a sua ratificação, ingressa em nosso ordenamento jurídico com status de direito fundamental declarado na Constituição. De todo modo, diante do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance do dispositivo em comento, pelo menos se pode dizer que a ratificação teve o condão de fazer com que a norma passe a fazer parte da legislação ordinária, com conseqüente revogação das normas que continham disposição em contrário.

⁸⁶⁰ Preocupados em ressaltar a contrariedade à cláusula do duplo grau de jurisdição com a exigência do prévio recolhimento à prisão como fato impeditivo da admissibilidade do recurso, Ada Pellegrini, Antonio Magalhães e Scarance Fernandes dizem que não consideram “... fato impeditivo do conhecimento do recurso o não recolhimento à prisão nos casos em que a lei o exige, devendo ser outra a interpretação a ser dada aos dispositivos em tela” (**Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos em espécie, ações de impugnação, p. 105).

problema é quanto ao prévio recolhimento à prisão como requisito para a admissibilidade do recurso, uma vez que a norma jurídica, nesse caso, contempla restrição ao direito à ampla defesa, na medida em que suprime do acusado a possibilidade de esgotar a discussão da matéria perante a justiça de partes.

Na mesma linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no *leading case* relatado pelo Ministro Nery da Silveira (Habeas Corpus nº 72.366-7/SP)⁸⁶¹, por maioria, decidiu que a norma então encartada no art. 594 do Código de Processo Penal havia sido recepcionada pela Constituição de 1988, visto que não conflitava com o princípio da presunção de não-culpabilidade, e esclareceu, também, que o preceito contido na Convenção Americana de Direitos Humanos não teve o condão de revogá-la.

De qualquer sorte, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça modificou a sua posição, uniformizando o seu entendimento no sentido de que a falta de recolhimento à prisão não pode ser empecilho ao conhecimento do recurso, a ponto de editar a Súmula nº 347, assim redigida: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.”

Dando continuidade à supressão da exigência da prisão como requisito para a interposição do recurso, a Lei nº 11.719, de 2008, expressamente, revogou o art. 594. Acontece que, por falta de visão sistêmica do ordenamento criminal, o legislador não cuidou de revogar o art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90, o art. 59 da Lei nº 11.343, de 2006⁸⁶². Para não dar margem a nenhuma dúvida quanto à existência do direito de recorrer mesmo que o acusado, condenado e determinada a sua prisão preventiva com a sentença, não se recolha à prisão, o legislador cuidou de esclarecer, na parte final do parágrafo único do art. 387 do CPP, que a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar é *sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta*.

Essa regra geral, que consta do Código de Processo Penal, revogou as disposições em contrário e específicas para os crimes praticados por meio de organizações criminosas e delitos de tráfico de entorpecentes? Acreditamos que sim, pois essa é a inteligência que deve sobressair de uma interpretação sistêmica do conjunto das leis que disciplinam o processo penal. No ponto, não se aplica a máxima de que a lei geral não revoga a específica. Isso porque a regra geral estampada no art. 387 do CPP está em consonância com o novo arcabouço do sistema processual penal brasileiro quanto ao tratamento conferido à ampla defesa e à prisão preventiva. Contudo, seja como for, a Súmula nº 347 do STJ, editada antes da revogação do art. 594 do CPP, elimina qualquer discussão a respeito do direito de o acusado recorrer, independentemente do caso, sem o prévio recolhimento à prisão.

Porém, o mais incompreensível tinha sido o fato de o legislador não ter providenciado a revogação do art. 595 do Código de Processo Penal, que erige a fuga da prisão como causa de deserção do recurso⁸⁶³. Ora, nesse caso, diante do que dispunha a norma jurídica em destaque, a fuga da prisão se apresentava como fato impeditivo ao desenvolvimento válido da relação processual instaurada em segunda instância por meio do recurso, o que acarretava, outrossim, inescandível limitação à ampla defesa.

Quando o art. 594 do Código de Processo Penal estava em vigor, o Supremo Tribunal Federal confirmou, em reiterados pronunciamentos, a validade da regra estampada no art. 595, que determinava a deserção do recurso, na hipótese em que, estando o acusado preso ou tendo ele se recolhido à prisão para fins de que o seu recurso fosse admitido, ao depois, fugisse do cárcere⁸⁶⁴.

⁸⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 594: NORMA RECEPCIONADA PELO REGIME CONSTITUCIONAL DE 1988. TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 13/09/1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 12 abr. 2005.

⁸⁶² O art. 21 da Lei nº 10.829, de 2006 (Estatuto do Desarmamento), não vedou propriamente o direito de apelar em liberdade. Vedou propriamente a liberdade provisória, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a sua inconstitucionalidade, no julgamento da ADI 3112/DF.

⁸⁶³ Aliás, mais uma vez, perdeu-se a oportunidade de revogar o art. 393, I, do Código de Processo Penal, que deveria ter sido revogado desde o advento da Lei Fleury.

⁸⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. APELAÇÃO. FUGA, PRIMEIRA TURMA,

Malgrado a Súmula nº 347 do STJ não pudesse ser oposta ao STF, a revogação expressa do art. 594 do CPP levava à conclusão lógica de que o art. 595 do mesmo Diploma Legal também fora revogado, o que haveria de ser reconhecido. Com efeito, se a prisão deixou de ser requisito objetivo de admissibilidade do recurso, conseqüentemente, a fuga do cárcere não podia mais ser elencada como causa de deserção do recurso. Evidentemente, o art. 595 do CPP era um consectário lógico do art. 594 do mesmo Ordenamento Processual, de modo que a revogação deste havia originado, implicitamente, na eliminação da regra contida naquele dispositivo

A incongruência foi resolvida na segunda etapa da Reforma Tópica, pois o art. 4º da Lei nº 12.403, expressamente, revogou o art. 595 do Código de Processo Penal. De qualquer sorte, como se disse acima, o legislador não teve a acuidade de determinar as revogações, igualmente, do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072, de 1990, e do art. 59 da Lei nº 11.343, de 2006, os quais condicionam, ao prévio recolhimento à prisão, a admissibilidade do recurso interposto pela defesa contra a sentença condenatória.

Em resumo, ainda que se entenda pela vigência das leis especiais que estabelecem a prisão como requisito de admissibilidade do recurso quando tal constar da sentença, mesmo assim, o juiz não deve colocar essa advertência na sentença, em razão da Súmula nº 347 do Superior Tribunal de Justiça.

5.1.9.8.4. Elementos da sentença absolutória

Os requisitos da sentença absolutória estão catalogados no art. 386 do Código de Processo Penal, do qual se ocupou o legislador da Lei nº 11.690, de 2008. As hipóteses imaginadas pelo legislador como causa de sentença absolutória, a qual deverá estar mencionada, expressamente, pelo juiz, são as seguintes:

- I — estar provada a inexistência do fato;
- II — não haver prova da existência do fato;
- III — não constituir o fato infração penal;
- IV — estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V — não existir provas de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI — existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26, e § 1º do art. 28 do Código Penal), ou mesmo houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII — não existir prova suficiente para a condenação.

Como se observa, há uma coerência sistêmica com as hipóteses de absolvição sumária contempladas para o procedimento relativo aos crimes da competência do tribunal do júri, catalogadas no art. 415 do CPP. Por imposição de ordem lógica, todas as quatro hipóteses de absolvição sumária do art. 415 estão contempladas no art. 386, nos incisos I, III, IV e V. Ademais, há uma sintonia redacional entre os dispositivos constantes de um e outro artigo, a fim de evitar discussões quanto a se se tratam de situações iguais, ou não. Lembre-se que no art. 415, nos incisos I e II, está dito que é caso de absolvição sumária, quando *provada a inexistência do fato* ou *provado não ser ele o autor ou partícipe do fato*. Nos incisos I e IV do art. 386 do CPP, como causa de absolvição com a sentença final, constam como hipóteses *estar provada a inexistência do fato* ou *estar provado que o réu não concorreu para a infração penal*. Em que pese não haja propriamente harmonia na dicção normativa quando se trata da última hipótese, na essência, utilizou-se da mesma expressão *provado* e *estar provado*. Conforme já foi salientado, incompreensivelmente, o legislador não elencou, no art. 397 do Código de Processo Penal, essas duas hipóteses como causas de absolvição sumária prevista para todos os procedimentos penais, inclusive para o do Tribunal do Júri, em relação a sua primeira fase.

un. Relatora Ministra Ellen Gracie, HC 82007/SP, Data da decisão: 27/09/2002. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em: 12 abr. 2005.

As duas outras hipóteses de absolvição sumária do art. 415, incisos III (*o fato não constituir infração penal*) e IV (*demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime*), estão previstas nos incisos III (*não constituir o fato infração penal*) e VI (*existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena* (arts. 20, 21, 22, 23, 26, e § 1º do art. 28 do Código Penal) do art. 386 do CPP, cujas redações revelam completa sintonia. O mesmo, porém, não se diga em relação à absolvição sumária do art. 397 do Código de Processo Penal, pois ali se preferiu, em relação às excludentes de criminalidade e de culpabilidade, utilizar a expressão *existência manifesta*. Certamente o legislador quis acentuar a excepcionalidade da qual se reveste o pronunciamento antecipado sobre a inculpabilidade do acusado, quando ainda não se teve a oportunidade de fazer a instrução do processo, diferente do que ocorre na sentença prolatada no final do processo e mesmo da absolvição sumária do procedimento do tribunal do júri, tomada após as razões finais das partes.

Note-se que, seja como for, se na qualidade de absolvição sumária ou de absolvição com a sentença exarada no final do processo, a decisão do juiz terá de estar embasada na verdade real, não podendo, para tanto, utilizar-se da retórica da dúvida em benefício do acusado. Se o juiz tem dúvida, não pode absolver sumariamente. Se o juiz tem dúvida, mesmo na sentença final, ele só pode absolver o acusado com base no inciso V (não existir provas de ter o réu concorrido para a infração penal); VI, segunda parte (*existirem fundadas dúvidas sobre circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena*); ou VII (não existir prova suficiente para a condenação).

A alteração de maior substância foi a inclusão, dentre os casos de absolvição do acusado, da hipótese em que existe prova nos autos de que ele não participou da prática do crime. Na redação anterior do art. 386, em relação à negativa de autoria, constava apenas a previsão contida no então inciso IV, o qual permitia a absolvição quando “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”.

Ou seja, era um juízo embasado, apenas, na verdade formal, pois, diante da incerteza de que o acusado tivesse, efetivamente, participado do cometimento do crime, a solução, em obséquio ao princípio da presunção de não culpabilidade, era a absolvição. Mas naqueles casos em que havia prova suficiente a habilitar o juiz a proferir sentença absolutória com base na afirmativa de que o acusado não teve participação na empresa criminosa, não existia um dispositivo específico para esse fim.

Suprindo a omissão, o atual inciso IV do art. 386 do CPP passa a ser o embasamento normativo para os casos em que o juiz, tendo a certeza de que o acusado não teve participação no delito, prolata decisão absolutória, com suporte em verdade material.

A outra modificação em relação aos incisos do art. 386 do CPP foi a adequação das circunstâncias que excluem o crime ou isentam o acusado de pena à reforma da parte geral do Código Penal, verificada em 1984. Assim, na redação atual, os artigos mencionados são o 20 (erro de tipo), 21 (erro sobre a ilicitude do fato), 22 (coação irresistível e obediência hierárquica), 23 (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito), 26 (inimputabilidade)⁸⁶⁵ e § 1º do art. 28 (embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior), todos do Código Penal.

Por fim, ainda se acrescentou, como causa para a prolação de sentença absolutória, a hipótese em que houver *fundada dúvida* sobre a existência de uma dessas circunstâncias que excluem o crime ou isentam o acusado de pena (art. 386, VI, parte final, do CPP). Ora, existindo dúvidas se há excludente de criminalidade ou de culpabilidade, mercê da aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade, a consequência que daí decorre é a absolvição do acusado. Não se pense que, com essa regra, agora, o acusado não tenha mais o ônus da prova quanto aos fatos invocados que dão suporte à tese de exclusão de criminalidade ou de culpabilidade. Não se trata disso. Tanto quanto antes, o acusado, em relação às suas alegações, cabe o ônus da prova, aliás, como está bastante claro na primeira parte do caput do art. 156 do CPP, com a redação determinada

⁸⁶⁵ Aqui pode ocorrer o que se denomina sentença absolutória imprópria, que é quando o juiz, ademais de absolver o acusado devido à inimputabilidade, determina a aplicação de medida de segurança (art. 386, parágrafo único, III, do CPP).

pela Lei nº 11.690, de 2008, que, nesse particular, apenas repetiu a regra anterior, que constava do mesmo dispositivo. Agora, se o acusado, com a sua alegação, em que pese não cumpra o ônus de fazer a prova, provocar dúvida no julgador, a solução que se impõe é a absolvição do acusado. Assim era antes, assim é agora, tendo o legislador cuidado, apenas, de deixar essa questão esclarecida de forma expressa na norma jurídica, o que é deveras salutar, a fim de sanar controvérsias que havia a respeito.

Finalmente, mais uma vez devido à incoerência sistêmica, embora a extinção de punibilidade seja prevista como causa de absolvição sumária (art. 397, IV, do CPP), inexplicavelmente, essa hipótese não figurou como circunstância a ensejar, no final do processo, sentença absolutória. Sem embargo da crítica que foi feita a esse respeito, embora nem toda hipótese de sentença absolutória seja, igualmente, causa para a absolvição sumária, toda circunstância que autoriza a absolvição sumária, obviamente, dá ensejo a sentença absolutória no final do processo⁸⁶⁶.

Evidentemente, ninguém irá defender que, quando a extinção de punibilidade for reconhecida no momento do art. 397 ela é absolutória, fazendo, assim, coisa julgada material, porém, quando acolhida na sentença proferida no final do processo não possui essa natureza, porque não consta do rol do art. 386 do CPP.

Por fim, tenha-se que o efeito imediato da sentença absolutória corresponde à concessão do direito de liberdade, ou melhor, a revogação de toda e qualquer medida cautelar (art. 386, parágrafo único, incisos I e II).

Mas nem sempre assim foi. Conquanto o art. 596, em sua redação primária, na primeira parte, fosse expresso no sentido de que “A apelação de sentença absolutória não impedirá, que o réu seja posto imediatamente em liberdade...”, na segunda parte, salientava que essa regra geral comportava exceção, qual seja “... (salvo) nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos”).

Esse dispositivo deixava claro que era possível a permanência da prisão preventiva mesmo quando o acusado fosse absolvido, sendo suficiente para tanto que interposta a apelação pelo Ministério Público e a pena máxima em abstrato fosse igual ou superior a 8 (oito) anos.

Posteriormente, esse art. 596 foi alterado pela Lei nº 263, de 23 de fevereiro de 1948, no desiderato de, na parte que interessa, deixar expresso que “A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade” (art. 596, caput), ressaltando, porém, que a “Apelação de sentença absolutória não terá efeito suspensivo, quando fôr unânime a decisão dos jurados” (§ 2º do art. 596 do CPP). Isto é, nas condenações impostas pelo tribunal do júri, desde que o veredito dos jurados não fosse unânime – tivesse, portanto, pelo menos um único voto dentre os 7 (sete) pela condenação, mesmo absolvido –, o acusado, estando preso preventivamente, permanecia no cárcere.

Aqui, como se vê, ficou escancarada a adoção do *princípio da presunção de culpabilidade*, a justificar a manutenção de alguém na prisão, mesmo que absolvido pelo do tribunal do júri, apenas pelo fato de ter tido pelo menos um voto a seu desfavor.

Essa situação absurda somente foi resolvida com a redação emprestada pela Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, que revogou o § 2º do art. 596 do CPP, pelo que, em relação à absolvição pelo tribunal do júri, “... o réu será posto imediatamente em liberdade, desde que a sentença seja absolutória, não ocorrendo mais a necessidade da unanimidade do veredito”⁸⁶⁷.

Na quadra atual, quem lê o caput do art. 596 (“A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade”) não entende o porquê de disposição normativa tão óbvia.

⁸⁶⁶ Cf. item 5.1.7, supra.

⁸⁶⁷ MARQUES, Frederico Marques. **Elementos de direito processual penal**. v. IV. Campinas: Bookseller, 1977, p. 246.

5.1.9.8.5. Efeitos civis da sentença absolutória

Conquanto a regra seja de que todas as sentenças condenatórias fazem coisa julgada para o ambiente cível, a afirmação não é verdadeira, quando se trata das sentenças absolutórias. Como se disse, a sentença condenatória faz coisa julgada para o cível devido ao fato de estar embasada na *verdade material*. Ou seja, em razão do princípio da presunção de não-culpabilidade, para condenar o acusado, o juiz precisa escorar a sua fundamentação em um juízo de certeza que elimina dúvida razoável sobre a inocência do acusado.

Tendo essa ordem de ideias, tem-se que toda e qualquer sentença criminal absolutória embasada em verdade formal não faz coisa julgada para o cível. Assim, se a absolvição do acusado ocorre sob o fundamento de *não haver prova* da existência do fato (inciso II), de *não existir prova* de ter o réu concorrido para a infração penal (inciso V), de haver dúvida sobre causa de exclusão do crime ou da culpabilidade (inciso VI), ou de *não existir prova* suficiente para a condenação (inciso VII), o pronunciamento judicial absolutório não faz coisa julgada para o cível.

Porém, quando a sentença absolutória é proferida com suporte em certeza material ou que elimina dúvida razoável sobre a inculpabilidade, qual seja, tendo como suporte a *prova da inexistência do fato* (inciso I), *estar provado* que o réu não concorreu para a infração penal (inciso IV) ou a *existência de causa* excludente de criminalidade (VI), todos do CPP, em princípio, os seus efeitos também se fazem sentir no ambiente cível. Salvo, é claro, se o fato, não sendo típico para o ambiente criminal, seja suficiente para caracterizar o ilícito cível. Explicando essa última assertiva, o comportamento funcional de um servidor pode não caracterizar um crime, porém pode constituir ilícito administrativo.

De outra banda, há de fazer-se a ressalva ainda, em relação a esses casos de sentença absolutória proferida com esteio na verdade material, quanto àquela que se faz com base em excludente de criminalidade. É que, embora em regra a absolvição com base em excludente de criminalidade faça coisa julgada no cível, há algumas exceções a esse respeito.

Com efeito, sem embargo de o art. 188, I e II, do Código Civil, dizer que não são ilícitos os atos praticados em legítima defesa, estado de necessidade ou no exercício regular de direito (aí se inclui o estrito cumprimento de dever legal), o que é corroborado pelo art. 65 do Código de Processo Penal, o próprio ordenamento civil contempla algumas exceções a essa regra, a saber:

(a) no caso de estado de necessidade, em que a pessoa lesada ou o dono da coisa deteriorada não foi o causador do perigo, este tem o direito ao ressarcimento, ficando, o agente que praticou o dano, se houver culpa de terceiro, com o direito de regresso contra este quanto ao que teve de ressarcir (arts. 929 e 930 do CC); (b) na hipótese de legítima defesa real com *aberratio ictus*, em que a agressão injusta não foi perpetrada pela vítima, esta mantém o direito de ser ressarcida, ficando o agente que agiu com a excludente de criminalidade com o direito regressivo contra o autor da injusta agressão. Isso era previsto no art. 1.540 do CC/1916, mas não foi repetido no CC/2002. De todo modo, é razoável entender-se que a regra subsiste.

Note-se que, em se tratando de legítima *defesa putativa*, o que ocorre é, apenas, a excludente quanto ao dolo do agente, subsistindo a ilicitude do fato, de modo que não fica eliminada a obrigação quanto ao ressarcimento pelo dano eventualmente ocasionado.

5.2. Procedimento sumário

Na redação originária do Código de Processo Penal, o procedimento sumário tinha pequenas diferenças em relação ao rito previsto para o ordinário. Consoante as regras estabelecidas na redação originária do Código de Processo Penal, nos processos que seguiam o rito sumário, oferecida a denúncia, não sendo o caso de rejeição, o juiz a recebia e, com o despacho, designava a data para a realização do interrogatório do acusado, com a conseqüente determinação de sua citação. Se o acusado, citado por mandado, não comparecesse, era declarado revel, com a

nomeação de defensor para fazer-lhe a defesa. Se fosse citado por edital e não houvesse constituição de defensor, a revelia, nesse caso, importava em suspensão do processo.

Ultrapassado o tríduo legal para a apresentação da defesa prévia, com ou sem a sua manifestação, designava-se data para a realização da audiência de instrução e julgamento, na qual deveriam ser ouvidas, em uma única audiência, tanto as testemunhas arroladas pelo Ministério Público quanto as indicadas pela defesa. Muitos juizes, para racionalizar o serviço e a prática de atos no processo, com a decisão de recebimento da denúncia, designavam logo a data para a realização da audiência de instrução e julgamento, de modo que o acusado, em um mesmo mandado, era citado para o interrogatório e intimado para a inquirição das testemunhas. Na audiência, logo após a produção da prova — não havia a oportunidade para o requerimento de diligências —, eram apresentadas, em audiência, as razões finais, primeiramente, pelo Ministério Público e, em seguida, pela defesa, no tempo de 20 (vinte) minutos, prorrogável por mais 10 (dez). O juiz deveria proferir a sentença em audiência, porém, se não se julgasse habilitado, poderia exarar o julgamento no prazo de cinco dias.

Assim como se dava na sistemática anterior, as regras procedimentais são iguais para os ritos ordinário e sumário. De qualquer modo, como o rito sumário é previsto para crimes menos graves do que aqueles tratados pelo procedimento ordinário, o legislador também preceituou pequenas alterações. E o fez no afã de que o procedimento sumário seja mais simples ainda do que o ordinário, de modo que os processos que seguem essa forma sejam mais rápidos.

Exatamente por isso, a primeira regra específica para o procedimento sumário diz respeito à duração razoável do processo. Em se tratando de rito sumário, o prazo máximo para a realização da audiência de instrução e julgamento passa a ser de apenas 30 (trinta) dias (art. 531, caput, primeira parte, do CPP). Assim, a audiência de instrução e julgamento, estando o acusado preso, deverá ser realizada, no máximo, entre: se na justiça estadual, 75 (setenta e cinco) e 92 (noventa e dois) dias; e (b) se na justiça federal, entre 90 (noventa) e 107 (cento e sete dias)⁸⁶⁸.

Em relação às testemunhas, enquanto no procedimento ordinário o número máximo é de 8 (oito), no sumário é de apenas 5 (cinco), como, aliás, já era na disciplina originária do Código de Processo Penal (art. 532 do CPP).

Nos termos do art. 536 do CPP, a testemunha que comparecer à audiência, independentemente de que ela tenha sido arrolada pela defesa e tenha faltado alguma das apontadas pelo Ministério Público, mesmo assim, deverá ser ouvida. Sobre essa questão, observar o que foi exposto no item 5.1.9., supra, em que se conclui que essa regra, igualmente, é aplicável ao procedimento ordinário.

Diferentemente do procedimento ordinário, no sumário não há previsão de oportunidade para as partes requererem diligências, ainda em audiência, logo após a produção das provas (art. 534, caput). Mesmo assim, excepcionalmente, o juiz poderá determinar, ainda que de ofício, a realização de alguma diligência imprescindível. Na regra anterior do procedimento sumário, também não havia previsão de requerimento de diligências, porém, em alguns casos, o juiz determinava. Mas isso é uma excepcionalidade.

Não há a hipótese de apresentação de razões finais por meio de memoriais, assim como de sentença em gabinete. Ainda que seja complexa a matéria tratada no processo e independentemente do número de acusados, as razões finais e a sentença devem ser feitas em audiência. Na regra anterior, não havia hipótese de razões finais por memoriais, porém, a sentença poderia ser prolatada no prazo de cinco dias, quando o juiz não se sentisse habilitado. Com a regra atual, não. A sentença tem de ser, necessariamente, em audiência.

5.3. Principais modificações ao procedimento do tribunal do júri

Na organização do Estado, o Poder Judiciário é o órgão estatal ao qual incumbe a função

⁸⁶⁸ Cf. item 3.2.2.3.2, infra, que consta o detalhamento dos prazos no procedimento sumário.

de controle de constitucionalidade e de dirimir os conflitos intersubjetivos surgidos no grupo social, tendo como escopo fazer imperar a justiça como forma de pacificação. No paradigma do *Estado Democrático-Constitucional*, estampado na Constituição de 1988, o Judiciário deve seguir esse modelo, tendo como *objetivo fundamental* não apenas a resolução dos problemas jurídicos que são levados a seu conhecimento para deslinde, como também e primacialmente pautar sua ação no sentido de participar da *construção de uma sociedade livre, justa e solidária*. Isso com vista a *garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e ainda promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

No modelo de *Estado Democrático-Constitucional*, o Judiciário é *participativo e construtivo*⁸⁶⁹, esquece a neutralidade para participar na sociedade como agente político⁸⁷⁰, *independente e imparcial*. Não admite ingerência *externa* ou *interna*, é organizado sem *hierarquização*, de modo que não abona a *forma piramidal*⁸⁷¹, diminui o *formalismo* e privilegia técnicas de *simplificação* do processo, com a utilização de instrumentos eficazes que possibilitam aos interessados atuar politicamente para alcançar a justiça. Ademais, abre-se internamente para permitir a participação popular nas decisões, cujo exemplo é o tribunal do júri.

A instituição do tribunal do júri, que se espalhou pelo mundo como ideia central da processualização do direito de punir, defendida, ainda que implicitamente, por Beccaria no livro *Dos delitos e das penas*, mantém-se em boa parte dos países como instrumento necessário para alinhar o Judiciário ao perfil delineado pelo Estado Democrático de modo a possibilitar a sua aproximação ao jurisdicionado e, especialmente, como *locus* para que o cidadão possa fazer parte de sua administração. É a hipótese em que os próprios cidadãos exercem, diretamente, o Poder Judiciário, e não por intermédio de um representante, o juiz, o que ressalta o seu caráter democrático.

Sustenta-se que a sua origem mais remota é o Direito costumeiro dos bárbaros, sendo adotado no tribunal dos heliastas da Grécia, afinando-se com a ideia de democracia participativa, com a atuação do povo no processo decisório. Passou a fazer parte do Direito inglês, após o Concílio de Latrão ter abolido as ordálias e os juízos de Deus. Com a Revolução Francesa, foi transplantado para os países europeus da família do *common law*.

O tribunal do júri faz parte da nossa história. Foi introduzido pela *Lei de 18 de junho de 1822*⁸⁷², com competência restrita para os crimes de imprensa. A Constituição Imperial de 1824 inseriu o júri como órgão do Poder Judiciário, ampliando a sua competência para todas as causas criminais e cíveis (art. 151), malgrado não tenha sido instituído o *júri cível* pelo legislador infraconstitucional. O Código de Processo Criminal de 1832 disciplinou o júri, conferindo-lhe competência ampla para o julgamento dos crimes, pelo que denominou o seu procedimento como *ordinário*. A Constituição de 1891 limitou-se a que era “mantida a instituição do tribunal do júri

⁸⁶⁹ Essa posição não é a adesão ao pensamento da Escola de Direito Livre de Kantorowicz (DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**, 5. Ed. Tradução Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado — Editor, Successor, 1979, p. 549-550), nem muito menos do Direito Alternativo (Cf. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. **Lições de Direito Alternativo**). Ao contrário do pensamento sufragado por essas correntes, parte-se da concepção de que o ordenamento jurídico é importante para estabelecer a segurança nas relações sociais, competindo ao magistrado dar vida à norma. Prática o ativismo judicial conceituado por Evandro Gueiros, no sentido de que é mais atento aos princípios e menos submisso à lei (Ativismo Judicial, p. 147. In: **O judiciário e a constituição**.)

⁸⁷⁰ Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o poder judiciário. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos juizes**. FÁRIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais**. GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de Direito**. MARINHO, Josaphat. A justiça federal e sua importância política. In: **Série Cadernos do CEJ**, v. 9.

⁸⁷¹ A lógica normativo-constitucional e o formalismo processual conduzem a uma ideologia positivista defendida pela dogmática jurídica, propiciando que se organize “... sob a forma de uma estrita hierarquia não apenas as instâncias judiciais, os seus poderes, as suas sentenças e as interpretações em que elas se fundamentam, mas também, as próprias normas e fontes que conferem autoridade a todas suas decisões” (FÁRIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: Os juizes em face dos novos movimentos sociais**, p. 27.)

⁸⁷² Essa lei não tem número.

(art. 72, § 31), preceito lacônico que teve o condão de gerar controvérsias quanto à obrigatoriedade do órgão, na medida em que aos Estados membros foi conferida a competência para legislar sobre matéria processual. A Constituição de 1934 deu um passo adiante, para ressaltar que “É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei (art. 72). Entretanto, a Constituição de 1937, a Carta mais retrógrada da nossa história constitucional, nada disse sobre o tribunal do júri e muito menos o Código de Processo Penal de 1941, em sua redação originária. Em razão disso, editou-se o Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938, no afã de disciplinar o tribunal do júri, que, à época, não detinha *status* constitucional nem muito menos soberania. Posteriormente, as regras do Decreto-Lei nº 167, de 1938, foram incorporadas ao CPP.

A Constituição de 1946, de verniz democrático, preceituou que “é mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa e a soberania dos veredictos” (art. 141, § 28). Nessa esteira, a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, criou o *Júri de Economia Popular*, para julgar os crimes e as contravenções contra a economia popular. Porém, a Constituição de 1967 reduziu a atuação desse órgão, ao deixar expresso que “São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (art. 153, § 18, com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969).

A Constituição de 1988 manteve o tribunal do júri dentre os direitos e garantias individuais (art. 5º, XXXVIII), sendo conferida ao legislador ordinário a tarefa de cuidar de sua organização, ressaltando-se, contudo, que deverá ser assegurada a *plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida*.

Assim, as discussões relativas à pertinência, ou não, de sua existência são bizantinas. O tribunal do júri está catalogado como direito fundamental não apenas para o acusado como para a sociedade em geral, na medida em que outorga a esta a possibilidade de ela própria, ainda que por meio de um grupo de 7 (sete) pessoas, julgar processos da mais alta relevância. Por outro lado, o acusado tem a garantia de que, nesses casos, somente poderá ser julgado (condenado) pelos seus pares, pessoas que fazem parte da comunidade em que ele vive e participam da mesma cultura.

No entanto, ainda há muita controvérsia a respeito do tribunal do júri. Para o leigo em geral, o tribunal do júri é descabido, pois seria muito benevolente, gerando sentimento de impunidade, particularmente diante da possibilidade da absolvição por *clêmencia*, o que é referendado por boa parte dos membros do Ministério Público e da polícia. De outra banda, muitos advogados reclamam que a sociedade brasileira é excessivamente punitiva, deixando-se levar pelo sensacionalismo sobre a violência fomentada pelos mais diversos meios de comunicação.

Porém, essas impressões são lançadas sem base em estudo que confira azo a uma ou outra afirmação. Pesquisa levada a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça desmistificam essas assertivas. Com efeito, em estudo feito em consonância com os dados referentes aos julgamentos pelo tribunal do júri entre os anos de 2015 a 2018, restou revelado que, na média geral, as condenações nos Estados alcançou o percentual de 48%, sendo 32% absolvições e 20% de extinção da punibilidade, em decorrência da prescrição ou de outra causa, especialmente a morte do agente⁸⁷³. É certo que os números não são uniformes entre os Estados, havendo em alguns deles mais condenações, como são os casos de Alagoas (76%), Santa Catarina (75%), Minas Gerais (67%), Rondônia (62%), Amapá (62%), Maranhão (56%) e do Piauí (54%), que estão acima dos 50%⁸⁷⁴.

A Comissão de Reforma criada pelo Ministério da Justiça deixou de lado as discussões que permeiam as vantagens ou desvantagens da manutenção do tribunal do júri, e se concentrou em alvitrar alterações na sua estrutura organizacional e funcional. As linhas mestras do anteprojeto

⁸⁷³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Diagnóstico das ações penais de competência do tribunal do júri**/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019, p. 16. O estudo não coletou dados dos Estados de Sergipe, Rio de Janeiro, Pará, Goiás e do Distrito Federal.

⁸⁷⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Diagnóstico das ações penais de competência do tribunal do júri**, p.

destinado à modificação do processamento dos crimes da competência do tribunal do júri foram: (a) eliminação do que se denominou *usinas da prescrição*, ante a exigência da intimação pessoal da decisão de pronúncia e a impossibilidade do julgamento à revelia; (b) maior participação das partes nas fases de todo o procedimento; (c) aplicação mais efetiva dos princípios da *imediação*; (d) simplificação com a erradicação do excesso de formalismo, a fim de evitar nulidades, especialmente com a racionalização da quesitação submetida ao conselho de sentença, que é a forma mediante a qual se faz o julgamento na sessão plenária.

Conforme já foi salientado no item 5, supra, no Código Criminal de 1832, o procedimento do tribunal do júri era previsto para praticamente todo tipo de crime. Por isso mesmo, ele era o procedimento ordinário. Entretanto, o legislador do Código de Processo Penal de 1941, em que pese tenha previsto o tribunal do júri apenas para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, inadvertidamente, influenciado pela legislação anterior, colocou esse rito como um dos tipos de procedimento comum, quando, em verdade, sendo reservado para apenas uma espécie de crime, ele não pode ser considerado, tecnicamente, comum. Por outro lado, diante das singularidades quanto à forma do processamento ele é o mais especial de todos os ritos.

Corrigindo essa anomalia, corretamente, a Lei nº 11.719, de 2008, não classificou o rito do tribunal do júri como espécie de procedimento comum (art. 394, § 1º, do CPP). Porém, o legislador não cuidou de modificar a localização topográfica dos dispositivos que disciplinam o procedimento do tribunal do júri, de modo que eles estão no Título I do Livro II, cuja rubrica é *DO PROCESSO COMUM*⁸⁷⁵. Ou seja, topograficamente, o rito do júri está entre os que são considerados comuns, quando, em verdade, ele é especial. Pelo menos o legislador teve a sensibilidade de modificar a nomenclatura do Capítulo II do Título I do Livro II, a fim de dizer que as normas ali dispostas são *DO PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI*⁸⁷⁶.

O anteprojeto encaminhado pelo Executivo, em consonância com o trabalho da Comissão de Reforma, tinha a intenção de alterar a redação dos arts. 406 a 497 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3.10.41 — Código de Processo Penal. No Parlamento, houve acréscimos, de modo que as alterações se estenderam até o art. 581.

A metodologia adotada foi a de reescrever todos os artigos que disciplinavam o tribunal do júri, de modo que muitas das alterações se circunscreveram, apenas, a dar melhor técnica redacional e mesmo a corrigir alguns erros constantes do texto anterior, sem, entretanto, nenhuma modificação de conteúdo. Não se deu guarita, por exemplo, à alternativa de deixar ao talante da defesa definir, no caso concreto, se prefere o julgamento pelo tribunal do júri ou pelo juiz togado, especialmente nas hipóteses em que a exploração na mídia criar, diante da comoção social criada, ambiente propício à condenação, tal como se verificou no chamado *Caso da Boate Kiss*.

Ademais, manteve-se a sistemática atual de reservar aos processos da competência do tribunal do júri duas fases distintas, uma destinada à instrução que se desenvolve unicamente perante o juiz preparador e a outra perante o tribunal do júri.

Diante do modelo atual, não alterado pela Reforma Tópica, o conselho de sentença continuará à margem das provas coligidas durante a instrução processual, sendo chamado, apenas, para o julgamento, o que é sobremaneira prejudicial, pois não se lhe permite conhecimento mais acurado acerca dos fatos sobre os quais haverá de decidir. É verdade que a Constituição assegura a competência do tribunal do júri apenas para o julgamento, de modo que é admissível que o processo contenha duas fases, a do processamento propriamente dito e a do julgamento, ficando este reservado para o tribunal do júri.

Mas nada impede que o legislador infraconstitucional estenda a garantia, de modo a estabelecer uma única fase, a ser desenvolvida perante o tribunal do júri, que agora conta com 25 membros, além do juiz togado, que é o seu presidente. Para além de simplificar o procedimento, a alteração nesse sentido se impõe diante da constatação de que essa previsão de duas fases torna o

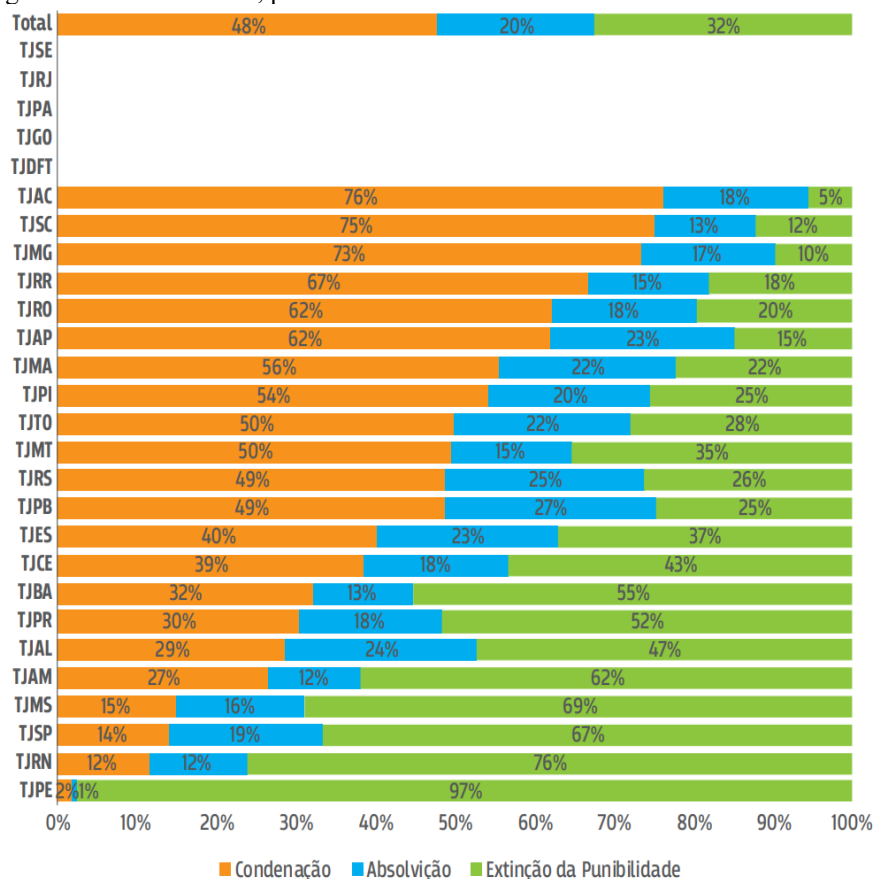
⁸⁷⁵ A crítica a essa nomenclatura, que deveria ser *DO PROCEDIMENTO COMUM* está no item 5, supra.

⁸⁷⁶ A nomenclatura anterior era "*DO PROCESSO DOS CRIMES DA COMPETÊNCIA DO JÚRI*".

trâmite processual moroso.

De fato, em trabalho de pesquisa desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça⁸⁷⁷, publicado em 2019, constatou-se uma situação alarmante nessa área da jurisdição, em que parte considerável dos processos da competência do tribunal do júri se encerram por causa da extinção da punibilidade, seja em razão da prescrição, seja em virtude da morte do acusado.

Veja-se o quadro abaixo, os dados referentes aos processos da competência do tribunal do júri, julgados ente 2015 e 2018, por tribunal⁸⁷⁸:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri, 2019.

Conforme esses dados pesquisa revela que, na média nacional, 32% por cento dos processos são encerrados em razão da extinção da punibilidade. Chamam a atenção os Estados do Mato Grosso do Sul (69%), Rio Grande do Norte (76%) e de Pernambuco (97%). Quando se analisa o índice de prescrição como causa de extinção da punibilidade, observa-se que a média geral foi de 14%, sendo as mais altas em Pernambuco (42%), São Paulo (32%) e Amazonas (30%). Em outra vertente, tem-se que o tempo médio de tramitação do processos da competência do tribunal do júri é bastante alto, com média geral correspondente a 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, sendo os mais morosos os Estados de Alagoas (11a e 5m), São Paulo (10a e 1m) e Rondônia (9a e

⁸⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Diagnóstico das ações penais de competência do tribunal do júri**/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019.

⁸⁷⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Diagnóstico das ações penais de competência do tribunal do júri**/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019, p. 16.

2m)⁸⁷⁹.

Acredita-se que era a hora de inovar, com a previsão de uma única fase, tornando o rito mais célere e propiciando, aos jurados, melhor conhecimento do processo. Talvez tenhamos uma significativa alteração da quadra atual, pois, conforme o último substitutivo apresentado em 2021 pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, consta do projeto do novo Código de Processo Penal a proposta de eliminação da audiência de instrução da primeira fase, de modo que a decisão de pronúncia se daria após a apresentação da resposta pelo acusado.

A decisão de pronúncia seria tal como ocorre hoje com a decisão de saneamento no procedimento ordinário, nos termos do art. 397 do CPP. A preocupação com essa proposta é que a pronúncia seria feita apenas com suporte nos elementos trazidos com o inquérito policial, sem a prévia oitiva de testemunhas em juízo. Todavia, tem a vantagem de deixar toda a instrução com o contraditório para o plenário do tribunal do júri, conferindo suporte ao que se pode denominar *princípio da identidade física dos jurados*.

Antes de iniciar o exame das inovações, importa discorrer sobre os quatro princípios reitores do tribunal do júri, elencados no art. 5º, XXXVIII, da Constituição, quais sejam, (a) a plenitude de defesa, (b) o sigilo das votações, (c) a soberania dos veredictos e (d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

(a) Plenitude de defesa

Quanto à organização do tribunal do júri, dentre os princípios específicos aplicados, consta a *plenitude de defesa* (art. 5º, XXXVIII, “a” da Constituição). O constituinte apenas reforçou o princípio da ampla defesa ou quis dizer que, no tribunal do júri, diante da peculiaridade de o julgamento ser dado por um corpo formado por pessoas leigas, impõe-se a adoção de regras que conferem mais garantias ao acusado no processo?

Sobre a questão há duas correntes. Uma, entende que a plenitude de defesa apenas corrobora a cláusula da ampla defesa. Outra, afirma que a plenitude de defesa é algo mais do que a ampla defesa, é um plus em relação a esta, ou seja, entende-se que o primado do direito de defesa estampado pelo constituinte para o tribunal do júri não é apenas a repetição do princípio da ampla defesa plasmado no inciso LV do art. 5º da Lei Fundamental. De acordo com este pensamento, em razão de suas peculiaridades, nos processos da competência do tribunal popular, são asseguradas maiores garantias ao acusado no pertinente à participação no feito.

A segunda corrente parece mais razoável, pois não teria sentido o constituinte, ao asseverar que se deve assegurar a *plenitude de defesa*, querer apenas reforçar o princípio da ampla defesa, plasmado no inciso LV do mesmo artigo, que se aplica a todo e qualquer tipo de processo, seja judicial, seja administrativo. Acrescente-se, ainda, que, se realmente o constituinte tivesse em mente a intenção de reafirmar a aplicação do princípio da ampla defesa nos processos afetos ao tribunal do júri, teria utilizado a mesma terminologia, e não a expressão *plenitude de defesa*⁸⁸⁰.

Se a repetição em si do princípio quanto ao processo da competência do tribunal do júri não era necessária — ninguém poderia defender a tese de que a ampla defesa não seria aplicável aos julgamentos pelo tribunal do júri —, deve-se entender que o constituinte quis dizer algo mais quando deu a garantia de defesa no inciso XXXVIII do art. 5º da Carta Magna, máxime pelo fato de ele ter se utilizado de outra expressão, qual seja, a plenitude de defesa.

Mas não é só. O princípio da *plenitude de defesa* está no inciso XXXVIII, enquanto o da ampla defesa no LV, ambos do art. 5º da Constituição, de modo que, por evidência lógica, o

⁸⁷⁹ Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Diagnóstico das ações penais de competência do tribunal do júri**/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019, p. 19.

⁸⁸⁰ Note-se que, de acordo com o Dicionário Aurélio, pleno quer dizer cheio, repleto, dá a ideia de algo que é completo, inteiro, absoluto; cabal, perfeito e acabado. Já amplo, exprime o sentido do que é de grandes dimensões; muito extenso; espaçoso, vasto; rico, farto, pródigo; abundante. Embora conste também, como definição, o que seja ilimitado, pleno parece algo superior a amplo. E mais: embora se tenha assegurado a ampla defesa no inciso LV, como norma específica para o tribunal do júri não se assegurou a plena defesa, mas a plenitude de defesa, o que parece mais abrangente ainda. Ou seja, assegurou a defesa em plenitude, o que quer dizer, no Dicionário Aurélio, em plena ou máxima extensão, brilho, glória etc.

primeiro não poderia servir para reforçar o segundo, quando muito, o contrário.

Note-se que o Código de Processo Penal procurava conferir maior preocupação com a ampla defesa, em relação ao processo da competência do tribunal do júri. Na disciplina anterior à Lei nº 11.689, de 2008, mostrava-se mais efetiva a participação do acusado na relação processual. Essa maior participação era sentida especialmente na segunda fase do procedimento, que corresponde à fase do julgamento propriamente dito, quando o processo é remetido para o tribunal do júri. De qualquer forma, regras específicas quanto à maior participação do acusado no processo tinha início ainda na primeira fase, diante da exigência de que o acusado, nos crimes inafiançáveis, fosse intimado pessoalmente da decisão de pronúncia (arts. 413, caput, e 414 do CPP). Com efeito, na redação antiga, o art. 413, caput, do Código de Processo Penal, dizia que o processo “... não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia”, enquanto o art. 414 complementava que “A intimação da sentença de pronúncia, se o crime for inafiançável, será sempre feita ao réu pessoalmente.”

O efeito prático que daí decorria era que, caso o acusado estivesse foragido ou não tivesse sido encontrado para a intimação da decisão de pronúncia, o processo ficava suspenso em relação a ele, sem que se suspendesse, igualmente, o curso do prazo prescricional, pois não havia previsão nesse sentido. Essa situação era muita criticada pela doutrina e pelas pessoas que tinham interesse no julgamento⁸⁸¹. Pejorativamente, essa norma era denominada *usina de prescrição*.

Atendendo aos reclamos da doutrina e de parte da sociedade, o Parlamento aprovou a Lei nº 11.689, de 9 de julho de 2008, a qual alterou os dispositivos do Código de Processo Penal referentes ao tribunal do júri. Em consonância com as novas regras, o acusado solto, que não for encontrado para fins de intimação pessoal, será intimado por meio de edital (art. 420, parágrafo único, do CPP). Com isso, evitar-se-á que os processos fiquem paralisados, dando a impressão de impunidade⁸⁸². Não parece que a modificação arranhe a substância da garantia da *plenitude de defesa*, pois procedeu, tão só, a correção de um excesso praticado pelo legislador infraconstitucional.

O escopo dessa previsão legislativa era evitar que a pessoa fosse julgada à revelia pelo tribunal do júri que, pelo fato de ser formado por pessoas leigas, poderia ser influenciado devido à circunstância de o acusado não estar presente na sessão de julgamento. Ainda que esse argumento fosse aceitável, a previsão contida no dispositivo em foco se mostrava despropositada, porquanto ainda se estava na fase processual da intimação da decisão de pronúncia, quando não havia sido iniciada, sequer, a segunda etapa do processo, que comporta as fases postulatória e da instrução e julgamento.

Ademais, essa necessidade de intimação pessoal tinha razão de ser diante da obrigatoriedade da presença do acusado na sessão de julgamento do júri, uma vez que o interrogatório, na redação ideia originária do código, foi tratado como espécie de prova e não havia, propriamente, o *direito ao silêncio*, senão o *ônus do silêncio*. Assim, a partir do momento em que o interrogatório passou a ser expressamente facultativo (art. 474 do CPP, com a redação da Lei nº 11.689, de 2008), inserido no contexto do princípio da ampla defesa, não havia mais sentido exigir a intimação pessoal do acusado, mormente quando ele estivesse em lugar incerto e não sabido. Já foi aqui salientado que, como estratégia de defesa, é possível que o acusado prefira não prestar o interrogatório, pois, diante de uma série de fatores, isso poderá comprometê-lo perante os jurados, ainda mais quando, de acordo com o art. 474, § 1º do CPP, também alterado pela nova lei, esse ato processual, quanto ao tribunal do júri, está concebido sob a ideia do contraditório, de modo que não apenas o juiz, mas igualmente as partes poderão formular perguntas diretamente ao acusado⁸⁸³.

⁸⁸¹ Essa previsão do CPP era muito criticada, pois transmitia a sensação perante a sociedade de impunidade. A família da vítima não se conformava pelo fato de o acusado, em razão de estar foragido, não ser julgado pelo tribunal do júri. Era comum os familiares procurarem o juiz para saber a razão pela qual o processo estava paralisado e, diante da explicação que lhes era dada, revelava toda a sua indignação pela forma como o assunto era tratado normativamente.

⁸⁸² Cf. item 5.3.1.1.1.2, infra.

⁸⁸³ Quanto ao não comparecimento à sessão do tribunal do júri como forma de exercício do direito de defesa, cf. item 5.1.5.9, supra.

Ainda como decorrência da plenitude de defesa, havia previsão no Código de Processo Penal no sentido de que uma cópia do libelo teria de ser entregue pessoalmente ao acusado, independentemente da que deveria ser encaminhada ao seu advogado, sob pena de nulidade do processo (art. 564, II, f, do CPP)⁸⁸⁴. Essa peça, como consequência lógica da simplificação dos quesitos formulados ao Conselho de Sentença, foi suprimida do procedimento relativo aos julgamentos pelo tribunal do júri⁸⁸⁵.

Como norma específica decorrente do princípio da plenitude da defesa, exigia-se, na hipótese de crime inafiançável, a presença do acusado na sessão de julgamento, sob pena de adiamento (art. 451, § 1º, do CPP). Não se admitia, com isso, o julgamento à revelia, como forma de assegurar ao acusado o direito de ser inquirido pelo juiz na sessão do júri, oportunidade em que os jurados também podiam fazer-lhe perguntas. A presença do acusado era considerada como condição indispensável a fim de possibilitar que ele, por meio do interrogatório, se defendesse e se fizesse conhecer pelo conselho de sentença, integrado por leigos. A preocupação em não se admitir o julgamento à revelia se justificava, pois o conselho de sentença, composto de pessoas que não possuem formação jurídica, diante da ausência do acusado, tem a inclinação de condenar, em razão do adágio praticado pelo comum do povo de que *quem não deve não teme e quem foge tem culpa no cartório*. Essa previsão normativa também era muito criticada nos meios acadêmicos, pois isso ocasionava, quando o acusado estava foragido, a paralisação do processo, sem que o mesmo ocorresse em relação ao prazo prescricional.

Essa *vexata quaestio* foi contornada pela Lei nº 11.689, de 2008, na medida em que tornou, como já foi salientado, facultativo o interrogatório do acusado. Dessa forma, se ele não estiver presente em plenário, não será realizado esse ato processual e será dada continuidade ao processo, sendo passada a palavra ao Ministério Público, para a sua sustentação oral (*caput* do art. 474 do CPP). Passa a ser possível o julgamento de crimes dolosos contra a vida, ainda que inafiançáveis, à revelia do acusado, o que era vedado pela sistemática anterior. O art. 474, *caput*, nessa parte, guarda coerência com o escopo de eliminar o sentimento de impunidade, ante a impossibilidade de realizar-se o julgamento de crimes da competência do tribunal do júri, sem que o acusado fosse intimado pessoalmente da pronúncia, ou, então, não estivesse presente à sessão de julgamento.

Para evitar que a recusa em prestar o interrogatório ou a ausência do acusado na sessão do plenário seja explorada pelo Ministério Público, o art. 478 do CPP, com a redação da nova lei, impede que sejam feitas referências, nos debates, sob pena de nulidade, à circunstância de o acusado ter feito uso do silêncio como estratégia de defesa ou da faculdade de não comparecer ao julgamento. Aliás, o melhor teria sido que ficasse expresso em lei que, quando o acusado, presente à sessão, exercesse o direito ao silêncio, o juiz alertasse ao jurado que isso não pode ser levado em conta contra o acusado, o mesmo sendo feito, quando ele preferisse não comparecer ao julgamento. De todo modo, mesmo diante da lacuna da lei, o juiz deve fazer essa advertência⁸⁸⁶.

Como se vê, ainda que se entenda que o princípio da *plenitude de defesa* é um plus em relação à ampla defesa, cuja justificativa radica nas peculiaridades próprias dos julgamentos tomados pelo tribunal do júri, não se enxerga vício constitucional com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.689, de 2008, tendentes a conter a elasticidade dessa cláusula constitucional dentro de níveis mais do que razoáveis. De mais a mais, devido à forma bastante alargada que é dada ao direito à ampla defesa, a bem da verdade, não resta muito espaço para se ampliarem as garantias quando o julgamento se dá perante o tribunal do júri.

Na qualidade de norma específica referente ao rito do tribunal do júri ditada em consonância com o princípio da *plenitude de defesa*, merece menção o art. 497, V, ao inserir nas

⁸⁸⁴ Cf. item 5.3.2, *infra*. O libelo era peça jurídica de rigor formal, em que o representante do Ministério Público, de forma objetiva e articulada, em consonância com a decisão de pronúncia, iniciava a segunda fase do processo da competência do tribunal do júri. Servia, ainda, de parâmetro para a elaboração pelo juiz-presidente dos quesitos a serem submetidos ao Conselho de Sentença.

⁸⁸⁵ Sobre a simplificação dos quesitos, cf. item 5.3.2.8, *infra*.

⁸⁸⁶ Cf. item 5.3.2.7, *infra*.

atribuições do juiz, na qualidade de presidente, “nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor”, regra que já constava antes da reforma promovida pela Lei nº 11.689, de 2008⁸⁸⁷.

No mesmo passo, a possibilidade de a defesa inovar na tréplica, sem que o Ministério Público possa invocar o direito ao contraditório para ter a oportunidade de rebater o argumento só trazido a conhecimento nesse momento processual.

Por fim, ainda quanto à plenitude de defesa, merece menção a exigência de que, independentemente da tese sustentada pela defesa, após os quesitos referentes à materialidade e à autoria, nos termos do art. 483, § 2º, deve ser elaborado quesito consubstanciado na seguinte pergunta: “O jurado absolve o acusado”. Veja que a indagação é um tanto quanto sugestiva e não pode ser feita com outro teor. O juiz não pode, por exemplo, perguntar se “O jurado condena o acusado”.

Esse dispositivo deixa evidente que o júri pode absolver com suporte em juízo de equidade. Ou seja, nada obstante o direito posto, mesmo existindo provas quanto à materialidade e à autoria aptas a dar suporte à condenação, o conselho de sentença pode, por clemência, absolver o acusado. Essa possibilidade de absolvição por clemência, assegurado agora de forma mais efetiva por meio do quesito obrigatório da absolvição genérica (art. 483, § 2º, do CPP), é a pedra de toque do princípio da plenitude de defesa. Com efeito, em razão dessa possibilidade, em que o jurado pode, exorbitando do direito normativo, absolver o acusado mediante a resposta ao quesito genérico de absolvição, confere ao acusado mais possibilidade de não ser condenado.

Por isso mesmo, o quesito do art. 483, § 2º, é obrigatório, independentemente da tese ou teses específicas agitadas pela defesa. Por exemplo, imagine-se que a tese específica da defesa seja de negativa de autoria. Por imposição de ordem lógica, se o corpo de jurados, por maioria, responde afirmativamente os dois primeiros quesitos, que dizem respeito à materialidade e autoria, em rigor, a tese da defesa de negativa de autoria estaria rejeitada. No entanto, ainda assim, tendo em conta que o jurado pode não ter entendido bem a tese de defesa ou, então, que ele, por outro motivo qualquer diferente do argumento apresentado pela defesa, entenda que é caso de absolvição, a norma exige que, de qualquer maneira, seja feita a pergunta se *o jurado absolve o acusado*. Voltaremos a essa questão no item 5.3.2.8, infra.

(b) Sigilo das votações

Antes da processualização da persecução criminal, a punição do agente obedecia a um mero ritual. Além de não ser assegurado o direito de defesa, as acusações e os julgamentos eram secretos, justamente para que o acusado não *atrapalhasse* o trabalho investigatório desenvolvido no sentido de descobrir a verdade dos fatos. Coube a Beccaria no livro *Dos delitos e das penas* pinçar a publicidade como importante instrumento para o controle de eventuais abusos do poder público.

A cláusula da publicidade foi adotada pelo Código de Processo Penal, porém, até o advento da Constituição de 1988, nenhuma Carta brasileira havia elevado esse princípio à categoria de direito fundamental.

A previsão da publicidade como garantia fundamental tem o condão de dar-lhe maior magnitude, conferindo-se transparência mais acentuada ao exercício do ofício judicante e, com isso, maior legitimidade. O acompanhamento da distribuição da justiça pela sociedade, sem dúvidas, tem o condão de inibir excessos e arbitrariedades, que encontram campo fértil quando os atos são acobertados pelo campo escuro do segredo.

⁸⁸⁷ A dicção normativa anterior era “nomear defensor ao réu, quando o considerar indefeso, podendo, neste caso, dissolver o conselho, marcado novo dia para o julgamento e nomeado outro defensor.” Sem embargo da melhor redação conferida ao dispositivo, merece destaque a substituição da expressão “réu” pela palavra “acusado”. Isso denota a preocupação do legislador da reforma com a linguagem jurídica, evitando expressões que possuem conotação marginalizante. Sobre a linguagem jurídico-penal compassada com a dignidade humana, cf. SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 395-398.

A garantia da publicidade dos atos processuais está repetida no art. 93, IX, da Constituição, na parte em que são estabelecidas regras específicas para a magistratura. O dispositivo em foco dispunha que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. A fim de preceituar que o juiz, ao determinar o sigredo de justiça e restringir a publicidade, deve fazer uma ponderação de valores com o direito da sociedade à informação, com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a norma em estudo sofreu alteração em sua dicção normativa, acrescentando-se, em sua parte final, que essa medida excepcional somente deve ser adotada “... em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

De qualquer sorte, em relação ao julgamento pelo tribunal do júri, a Constituição de 1988 estabelece como cláusula o sigilo das votações. Em cumprimento a essa determinação, o legislador ordinário impõe que o julgamento do conselho de sentença seja mediante reunião em *sala especial*, ante a presença apenas do juiz presidente, do Ministério Público, do assistente, do querelante, do defensor do acusado, do escrivão, do oficial de justiça (art. 485, caput, do CPP). Para resguardar, ainda mais, o sigilo das votações, com as novas regras, na medida em que verificada a maioria dos votos em um determinado sentido, deve ser encerrada a votação de cada quesito, ademais de ficar consignado na ata de julgamento, apenas, o resultado, sem especificação do número de votos em um ou outro sentido⁸⁸⁸.

Longe de afrontar o princípio da publicidade, a reunião em sala especial com a possibilidade da presença apenas das pessoas indicadas na lei e as regras sobre a apuração dos votos servem para fornecer os meios necessários para manter a imparcialidade dos jurados e a soberania dos vereditos, que se incluem dentre as cláusulas reitoras dessa espécie de processo. Alguns julgamentos feitos pelo tribunal do júri foram anulados, pelo fato de, a pretexto de aplicar o princípio da publicidade, ter-se determinado que, conquanto assegurado o sigilo, os votos dos jurados fossem colhidos em plenário, sem o recolhimento à então chamada sala secreta⁸⁸⁹.

A despeito de a votação ser dada na sala especial e lá ser elaborada a sentença pelo juiz togado — que é quem, afinal, dá forma ao que foi decidido pelo corpo de jurados e faz, se for o caso, a dosimetria da pena —, tem-se por cumprida a cláusula da publicidade com a leitura da sentença em plenário⁸⁹⁰. A publicidade aqui se refere ao resultado, não ao julgamento em si.

Por outro lado, não se há de desconsiderar que a motivação da decisão é uma decorrência lógica do princípio da publicidade, plasmado no art. 93, IX, da Constituição. Na primeira parte da norma constitucional em exame está dito que *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*⁸⁹¹. Com isso, se quer dizer que a publicidade dos pronunciamentos judiciais não se tem por cumprida apenas com a cientificação desse tipo de ato judicial às partes, com possibilidade de a ele ter acesso as demais pessoas interessadas, mas igualmente de ter conhecimento dos motivos que levaram o juiz a decidir de uma determinada forma.

Como exceção a esse princípio da motivação das *decisões judiciais*, constam os pronunciamentos dos membros do conselho de sentença, nos julgamentos levados a efeito pelo

⁸⁸⁸ Cf. item 5.3.2.8, *infra*.

⁸⁸⁹ Sobre o tema, eis decisão unânime da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Recurso Extraordinário 140975/RJ, em acórdão relatado pelo Ministro Paulo Brossard: “TRIBUNAL DO JÚRI. Sigilo das votações (art. 5º, XXXVIII, CF) e publicidade dos julgamentos (art. 93, IX, CF). Conflito aparente de normas. Distinção entre julgamento do Tribunal do Júri e decisão do Conselho de Jurados. Manutenção pelo sistema constitucional vigente do sigilo das votações, através de disposição específica. DEFENSOR PÚBLICO. Intimação pessoal (Lei nº 7.871/89). Aplicação restrita às instâncias ordinárias. AGRAVO REGIMENTAL. Interposição por meio de fac-símile (fax). Impossibilidade ante a ausência de autenticidade exigida pela norma processual (art. 374 do CPC.)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 23/06/1992. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 29 set. 2005.

⁸⁹⁰ Cf. item 5.3.2.9, *infra*.

⁸⁹¹ Os dois princípios, da publicidade do processo e da motivação das decisões, possuem justificação política, que é a legitimação da função jurisdicional.

tribunal do júri. A peculiaridade de o julgamento ser feito por leigos é a justificativa para essa ressalva, que se complementa com a regra da soberania dos veredictos, princípio ínsito ao *devido processo legal* previsto para o tribunal do júri.

Mas, nada obstante essa justifica, talvez esse seja o ponto mais delicado do tribunal do júri. Além de sonegar aos interessados no resultado do julgamento a informação sobre o fundamento utilizado para a condenação ou absolvição, não se tem condições, sequer, de saber se a absolvição foi com suporte em uma verdade material ou formal, de modo que a questão quanto aos seus efeitos cíveis fica em aberto, gerando discussão a respeito.

De mais a mais, parece inaceitável que alguém seja condenado sem que tenha direito de saber, ainda que minimamente, quais os fundamentos utilizados para tanto. Sem a necessidade de fundamentação, como bem sustenta Aury Lopes Jr., o acusado pode vir a ser condenado com base na íntima convicção da maioria do conselho de sentença, o que não deixa de representar, na palavra do doutrinador em referência, uma *monstruosidade jurídica*, pois legítima que alguém seja responsabilizado criminalmente não pelo que fez ou restou provado nos autos, mas pelo que é ou aparenta ser⁸⁹².

Cabe pontuar, desde logo, que o princípio do sigilo das votações não é incompatível com da motivação do veredito. A fundamentação pode ser exposta, sem, contudo, a identificação de quem votou em um ou outro sentido. Poder-se-ia incorporar-se ao nosso sistema o que prevê a Lei Orgânica 5/1995 *del tribunal del Jurado (LOTJ)*, na parte em que, nada obstante assegure o sigilo das votações com a deliberação dos jurados sendo tomado em uma espécie de sala especial, impõe o dever de motivação, ainda que simples, indicando os elementos levados em consideração para a deliberação do júri⁸⁹³.

Em interessante estudo sobre essa questão, Jéssica Muniz⁸⁹⁴ esclarece que a motivação dos vereditos na Espanha se deu com o propósito de “... adequar o tribunal popular à perspectiva constitucional da fundamentação de todas as sentenças”, garantia estampada na Constituição espanhola.

Jéssica Muniz defende que seja alterado o tratamento infraconstitucional da instituição do tribunal do júri, sugerindo a forma de estabelecer a fundamentação dos vereditos, à semelhança do que se verifica no ordenamento espanhol, mantendo-se incólume a cláusula do sigilo das votações. Ela propõe que haja a previsão da escolha de um dos jurados para ficar encarregado de redigir, em conformidade com a maioria, a fundamentação objetiva em relação às respostas dadas quanto aos quesitos sobre a materialidade, autoria e a culpabilidade, ou não, do acusado.

Para a implantação dessa sistemática de fundamentação seria necessário, naturalmente, que houvesse a quebra da incomunicabilidade entre os jurados, à semelhança do que ocorre no júri americano. Essa talvez seja a parte mais problemática, diante da possibilidade de que um único jurado, a depender de seu poder de liderança e argumentação, poderia fazer preponderar o seu entendimento sobre os demais. Essa situação poderia ser evitada mediante a previsão de que a votação em si dos quesitos seria nos moldes como hoje é feita, mediante a colação da cédula sim ou não, por cada um dos jurados, havendo a interação entre eles apenas depois do resultado, a fim de estabelecer o consenso quanto ao conteúdo da fundamentação das respostas.

(c) Soberania dos veredictos

O princípio da soberania dos veredictos importa em estabelecer que as suas decisões não podem ser reexaminadas quanto ao mérito pela justiça togada, até porque elas são resultado de juízo de equidade, em que os jurados não decidem de acordo com as regras jurídicas, mas sim em compasso com a sua *íntima convicção* ou *consciência* (art. 472, caput, do CPP).

Por isso mesmo, como regra, não se admite recurso de apelação com a finalidade de

⁸⁹² **Direito processual penal**, 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 849.

⁸⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos & rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 85.

⁸⁹⁴ LIMA, Jéssica Muniz. **A necessidade de motivação dos veredictos**: um estudo acerca da legitimidade das decisões do júri à luz do estado democrático de direito. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2017, p. 56. Disponível em www.monografias.ufrn.br. Acesso em 26 jul. 2018.

discutir o mérito da decisão do conselho de sentença. Possibilita-se, apenas, quando a *decisão for manifestamente contrária à prova dos autos* (art. 593, III, “d”, do CPP), que o tribunal de justiça ou regional federal, ao dar provimento ao recurso de apelação, determine a realização de novo julgamento pelo tribunal do júri. Haveria afronta ao dispositivo caso o tribunal de justiça pudesse, ele próprio, substituir a decisão. Ademais, independentemente de quem seja o recorrente, com essa motivação, o recurso só pode ser interposto uma única vez.

Porém, o que importa salientar aqui é que, em rigor, esse princípio é ditado em prol do acusado, de modo a assegurar-lhe de que não será condenado senão por julgamento realizado pelos seus pares, cuja soberania do veredicto está protegida como direito fundamental. Assim, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível que se dê provimento a revisão criminal ou a habeas corpus que tenha como escopo a desconstituição de decisão exarada por tribunal do júri, pois, nesse caso, a flexibilização da soberania dos veredictos lhe é benéfica.

Por outro lado, a soberania dos veredictos traz como consequência a desnecessidade da motivação das decisões do conselho de sentença. Mas a ausência de motivação, conforme salientado no item anterior, está mais diretamente relacionado ao sigilo das votações, de modo que a soberania dos vereditos não é empecilho para que se adote a motivação das decisões.

(d) Competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

Na época da elaboração do Código de Processo Criminal de 1832, o rito do tribunal do júri era previsto praticamente para todos os crimes. Por via de consequência, o procedimento do tribunal do júri era considerado rito ordinário. Paulatinamente, houve a diminuição da sua competência. Quando da edição do Código de Processo Penal em vigor, a Constituição de 1937 sequer tinha feito menção a esse modelo de julgamento, tendo o legislador ordinário restringido a sua competência para os crimes dolosos contra a vida (art. 74, § 1º, do CPP). Readquirido o *status* constitucional com a Carta de 1946, a Constituição de 1967 restringiu a sua competência apenas para os crimes dolosos contra a vida.

A Constituição de 1988, porém, foi além. Conferiu ao tribunal do júri uma competência mínima, qual seja, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Nada impede que o legislador ordinário estenda essa competência para outros crimes ou, até mesmo, para questões cíveis.

Ainda assim, não parece razoável que o tribunal do júri seja competente para o julgamento de todo e qualquer crime conexo como doloso contra a vida, especialmente quando se trata de crime de iniciativa privada. No projeto do novo Código de Processo Penal há proposta para solucionar essa anomalia.

Veja-se que a competência é para o *julgamento*, não para *processar e julgar*, como é a regra, quando se distribui a competência entre os órgãos judiciais. Diante disso, o legislador ordinário atribui ao juiz togado a competência para a primeira fase do processo que segue o rito do tribunal do júri, correspondente ao juízo de admissibilidade da acusação, reservando para o tribunal do júri, apenas, a segunda fase, que cuida do julgamento do processo. De qualquer sorte, nada impede que o legislador proceda a uma modificação mais radical nesse procedimento, de modo a estabelecer uma única fase, toda ela desenvolvida perante o tribunal do júri. Aliás, essa é uma providência que se impõe, a fim de que os princípios da oralidade, da concentração dos atos processuais e, até mesmo, da identidade física do juiz sejam ativados no procedimento relativo ao julgamento pelo tribunal do júri.

Assim, repita-se, pena que na Reforma Tópica de 2008 o legislador não tenha atentado para a necessidade de que o procedimento do tribunal do júri seja desenvolvido em uma única fase, com a produção da perante o conselho de sentença. Na sistemática atual, de regra, a prova testemunhal é produzida na primeira fase, vindo os jurados a apreciá-las conforme a interpretação dadas pelas partes, o que é inaceitável.

Apresenta-se paradoxal que a Reforma Tópica tenha tido como um dos princípios fundamentais a oralidade, com a consequente adoção do preceito da identidade física do juiz, mas não tenha dado a atenção devida quanto à incongruência das duas fases do tribunal do júri, com a

possibilidade de toda a instrução ser realizada na primeira fase.

Espera-se que no novo Código de Processo Penal a anomalia atual do procedimento do júri seja revertida, mediante aprovação da proposta feita nesse sentido, tal como pontuado acima.

Por fim, concretamente, a garantia constitucional quer dizer que o acusado só pode ser condenado, quando se tratar de crime doloso contra a vida, se o julgamento for realizado pelo tribunal do júri⁸⁹⁵. Assim, não há nenhuma incompatibilidade com a regra constitucional a previsão de que o juiz togado pode impronunciar ou absolver sumariamente o acusado. O que o juiz togado não pode é condenar o acusado, não havendo empecilho, portanto, para que ele, diante da ausência de elementos referentes à materialidade ou aos indícios de autoria, impronuncie o acusado ou então, existente uma das hipóteses de absolvição sumária, prolate sentença de mérito, absolvendo o acusado⁸⁹⁶.

5.3.1. Primeira fase

Assim como era antes, a primeira fase do processo do tribunal do júri, destinado à instrução perante o juízo singular, segue, com pequenas alterações, o procedimento previsto para o rito comum. Aliás, em verdade, as alterações pertinentes ao tribunal do júri em relação ao rito comum são aquelas mesmas regras específicas estabelecidas para o procedimento sumário. Assim, em rigor, na primeira fase do tribunal do júri, adota-se o procedimento alvitado para o procedimento sumário. Essa circunstância está reconhecida na exposição de motivos elaborada pelo então Ministro da Justiça José Gregori, ao enviar o anteprojeto de lei para o Congresso Nacional.

Mas, mesmo em relação ao procedimento sumário, o rito do tribunal do júri, em sua primeira fase, contém pequenas diferenças. Aqui, para evitar a repetição do que se falou a respeito quando se ocupou dos procedimentos ordinário e sumário, será feita a análise, apenas, das regras específicas adotadas para o procedimento do tribunal do júri.

Primeiro, lembre-se que, por força do disposto no art. 394, § 4º, os arts. 395 a 398, do CPP, se aplicam a toda e qualquer espécie de procedimento, inclusive aos disciplinados em leis extravagantes. A forma peremptória como redigido o § 4º do art. 394 não dá possibilidade de outra interpretação: “As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.”⁸⁹⁷ Consequentemente, os referidos artigos são aplicáveis ao procedimento relativo ao tribunal do júri. Não se pense que pelo fato de a absolvição sumária específica para o rito do júri estar prevista no art. 415 do Código de Processo Penal, em momento posterior às razões finais do acusado na primeira fase, não deva o juiz, nos termos do art. 397 do CPP, se for o caso, em seguida à resposta do acusado, proferir sentença liminar, absolvendo desde logo. Não seria razoável que, possuindo os elementos necessários para absolver liminarmente o acusado antes da realização da instrução do processo, o juiz não pudesse fazer o julgamento antecipado da lide.

Aliás, como se disse anteriormente, a circunstância de o legislador ter utilizado, nos arts. 397 e 415 do CPP, expressões diferentes para tratar das mesmas hipóteses de absolvição sumária, leva a crer que ele quis acentuar que, como no primeiro dispositivo a avaliação feita pelo juiz é antes da instrução do processo, é mais superficial a fundamentação para o indeferimento da absolvição sumária. Com efeito, diante da existência de réstia de dúvida, ao invés de proceder à absolvição antes da instrução processual, isto é, com base no art. 397 do CPP, é preferível o juiz marcar a audiência para a produção das demais provas e, se for o caso, interrogar o acusado, para,

⁸⁹⁵ Note-se que a própria Constituição cria exceções a essa regra, ao estabelecer a competência dos tribunais tendo em conta a função exercida pela pessoa acusada da prática ou participação em crime.

⁸⁹⁶ Cf. itens 5.3.1.2 e 5.3.1.2, *infra*.

⁸⁹⁷ Reafirme-se que o art. 398 do Código de Processo Penal não existe, na medida em que ele não foi aprovado no Parlamento. Cf. itens 3.2.1 e 5, *supra*.

então, agora com mais substância, prolatar a sentença absolutória antecipada⁸⁹⁸, nos termos do art. 415 do CPP.

A primeira diferença, quanto à regra peculiar para o procedimento relativo aos crimes da competência do tribunal do júri, em relação à sua primeira fase, refere-se à duração razoável do processo. O art. 412 do CPP, que está na seção I do Capítulo II do Título II do Livro I, que trata *Da acusação e da instrução preliminar*, diz que “O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.” Por conseguinte, enquanto o prazo para o sumário é de 30 (trinta) dias, o do ordinário é de 60 (sessenta) e o do tribunal do júri, em relação à primeira fase, é de 90 (noventa). Dessa forma, estando o acusado preso, a audiência de instrução e julgamento da primeira fase terá de ser realizada: (a) se na justiça estadual, entre 135 (cento e trinta e cinco) e 162 (cento e sessenta e dois) dias; e (b) se na justiça federal, entre 140 (cento e quarenta) e 187 (cento e oitenta e sete) dias. Na segunda fase, tanto na justiça estadual quanto na federal, 186 (cento e oitenta e seis) dias. Conforme defendemos no item 3.2.2.3.3, supra, os prazos das duas fases devem ser contados em separado⁸⁹⁹.

Outra regra que só consta expressamente para o tipo de procedimento aqui examinado é a do art. 409 do CPP (“Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias). Todavia, em rigor, essa norma se aplica a todos os procedimentos, conforme argumentação exposta no item 5.1.6, supra.

Quanto ao número de testemunhas, aqui a primeira fase do procedimento do júri segue a regra do procedimento ordinário, qual seja, com a previsão no máximo de 8 (oito). No item 5.1.8.5.4, supra, foram feitas as considerações a respeito desse assunto.

Sem muita razão de ser, a despeito do silêncio para os demais procedimentos, o legislador achou por bem preceituar um prazo específico para a realização da audiência de inquirição das testemunhas, assim como das diligências requeridas pelas partes. O art. 410 do CPP determina que esses atos de instrução sejam realizados no prazo máximo de dez dias (“O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de 10 (dez) dias”). A redação não é das melhores, na medida em que permite tanto que se entenda que o prazo de dez dias é para que o juiz profira o despacho dando a determinação, quanto que o prazo é para que esses atos sejam realizados. Porém, o razoável é que se entenda que o prazo é *para a realização*, e não *para a determinação de sua realização*. Deve-se ter em conta que, em muitos casos, não é possível que a diligência esteja cumprida em prazo inferior ao estipulado na norma.

Aliás, esse prazo era totalmente desnecessário. Veja-se que o legislador, tendo estabelecido o prazo razoável para a duração do processo na primeira instância, tanto para o procedimento ordinário quanto para o sumário, adequadamente, não estipulou um prazo específico para a realização da inquirição das testemunhas ou de diligências. O prazo de dez dias do art. 410 do CPP vai servir, apenas, para criar discussão quanto à caracterização de constrangimento ilegal quando o acusado estiver preso, mesmo que não superado o prazo de 90 (noventa) dias para o encerramento da primeira fase. Por outro lado, a forma como está redigida a norma, esse prazo de 90 (noventa) dias deve ser contado da data do recebimento da denúncia, e não da decisão do juiz sobre a resposta do acusado, que é como ocorre para os demais procedimentos⁹⁰⁰. Com os mesmos argumentos, o razoável é entender-se que esse prazo deve ser contado da data da decisão a respeito da resposta apresentada pelo acusado.

Note-se, ainda, que o art. 411 do Código de Processo Penal é omissivo quanto à forma que pode ser utilizada para a documentação dos depoimentos colhidos na audiência una. De toda maneira, aplicam-se, evidentemente, os §§ 1º e 2º do art. 405 do CPP, os quais recomendam,

⁸⁹⁸ A respeito da absolvição sumária, cf. item 5.1.7, supra.

⁸⁹⁹ Cf. item 3.2.2.3.3, supra, no qual é feito o detalhamento da contagem dos prazos, quando se trata do procedimento relativo ao tribunal do júri.

⁹⁰⁰ Sobre o momento da contagem do prazo da duração razoável para os demais procedimentos, Cf. 5.1.9, supra. Cf., igualmente, o item 5.1.3.2, supra, na parte em que recomenda a designação da data da audiência de instrução e julgamento com o despacho que recebe a ação penal.

sempre que possível, a utilização do recurso audiovisual para o registro dos depoimentos, hipótese em que não há necessidade da gravação.

A complicação maior é porque no caput do art. 475 do Código de Processo Penal, que trata da forma de registro dos depoimentos colhidos na sessão plenária do júri, ou seja, na instrução da segunda fase desse tipo de procedimento, por incoerência sistêmica, está plasmado que “O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recurso de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova.”, com o esclarecimento, contido no parágrafo único do mesmo dispositivo, de que “A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos.”⁹⁰¹

Como se verá no item 5.3.2.6, *infra*, seja como for, mesmo em se tratando da segunda fase do tribunal do júri, se for utilizado o sistema audiovisual na audiência, não precisa ser feita a degravação, nos termos do § 2º do art. 405 do CPP.

No mais, a primeira fase do procedimento do júri adota toda a disciplina do procedimento sumário, exceto quanto ao momento da prolação da sentença. Todavia, enquanto no procedimento sumário a sentença, necessariamente, independentemente da complexidade da causa ou do número de acusados, há de ser proferida em audiência, no procedimento aqui estudado, “Encerrados os debates, o juiz proferirá a sua decisão, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.” (art. 411, § 9º, do CPP) Como se verifica, inexplicavelmente, o dispositivo confere ao juiz a faculdade de escolher entre exarar a sentença (de impronúncia ou de absolvição sumária) ou a decisão (de pronúncia ou de desclassificação) em audiência ou em gabinete, no prazo de 10 (dez) dias. Deveria ter seguido a regra do procedimento ordinário, no qual só é dado ao juiz proferir a sentença no gabinete, quando as razões finais não forem apresentadas em audiência, o que poderá ocorrer quando for deferido pedido de diligências, a causa for complexa ou houver número excessivo de acusados.

Aliás, o melhor teria sido o legislador dizer que eram aplicáveis à primeira fase dos crimes da competência do tribunal do júri as regras do ordinário e as específicas previstas para o sumário, cuidando, apenas, de elaborar as que foram aqui comentadas, como normas peculiares a esse tipo de rito. A repetição de normas, principalmente quando não adotada a mesma nomenclatura, como é o caso do momento de início do prazo para a resposta, quando a citação feita por mandado, não é nada recomendável e serve, apenas, para gerar dúvidas quanto à existência, ou não, de diferença no tratamento dispensado a matérias que devem ser normatizadas de uma mesma forma⁹⁰².

Para o encerramento dessa primeira fase, foram mantidas na Lei nº 11.689, de 2008, as quatro alternativas, a fim de que escolhida uma delas pelo juiz, depois da realização da audiência de instrução e de apresentadas as razões finais pelas partes: pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária. Foram providenciadas modificações às três primeiras, as quais serão comentadas a seguir.

5.3.1.1. Pronúncia

A decisão mais natural, dentre as quatro, é a de pronúncia. Não se trata de sentença, mas sim de decisão interlocutória, pois a pronúncia contém mero juízo de admissibilidade, sem qualquer imiscuição quanto ao mérito debatido no processo. Com essa decisão o magistrado proclama admissível a acusação formulada pelo Ministério Público, a fim de que o acusado seja conduzido ao plenário do júri popular, e lá venha a ser julgado. É, em verdade, o ato-condição para o julgamento do processo pelo tribunal do júri. Reclama-se para a pronúncia apenas a convicção

⁹⁰¹ Cf. item 5.3.2.6, *infra*.

⁹⁰² O art. 396, caput, define o prazo de 10 (dez) dias para a resposta, a contar da citação. No § 1º do art. 406, em regra específica para a primeira fase dos processos da competência do tribunal do júri, consta que o prazo de 10 (dez) dias para a resposta “... será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.” O caput do art. 396 do CPP não fala em efetivo cumprimento nem na hipótese de citação inválida.

sobre a existência do crime e indícios da autoria, não sendo de mister a colheita de prova robusta, porquanto, como se disse, não se trata de pronunciamento judicial com conteúdo condenatório, mas, apenas, de admissibilidade do julgamento pelo tribunal do júri.

Tourinho Filho leciona⁹⁰³ que a decisão de pronúncia não se “... trata de sentença de mérito, pois mesmo reconhecendo seja o réu o autor do crime, não aplica nenhuma *sanctio juris*. A sentença aí tem, evidentemente, caráter nitidamente processual.” Cuida-se, apenas, de instrumento com o qual o juiz julga admissível o *jus accusationis*, com o consequente envio do processo para o tribunal do júri, o qual, nos termos do art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição, é o *juiz natural* para julgar os crimes doloso contra a vida.

Não se pronunciando sobre o mérito, é entendimento comum que essa decisão deve ser tomada pelo juiz com base, apenas, na certeza da materialidade e de indícios suficientes de que o denunciado seja o autor do ilícito, deixando para o plenário do júri a tarefa que lhe é conferida pela Constituição, consistente na apreciação do mérito do caso e aí, ao sopesar as provas dos autos, absolver ou condenar o acusado. Como se nota, para fins de que o juiz esteja autorizado a pronunciar o acusado, não se exige prova plena, inconcussa, sem a ínfima mácula de duvidança quanto à culpabilidade, mas apenas a verossimilhança da pretensão acusatória, de modo que, em caso de dúvida, a questão deve ser resolvida com lastro no princípio do *in dubio pro societate*, i. e., na dúvida, deve o juiz pronunciar, deixando para que a questão quanto à culpabilidade seja resolvida pelo tribunal do júri.

A essência desse entendimento é de que, em obséquio à soberania do júri popular, sempre que o juiz, após as razões finais, receber os autos a fim de deliberar se o caso é para remeter, ou não, a julgamento para o tribunal do júri, deverá, na dúvida, entender pelo envio do processo, com consequente prolação da decisão de pronúncia, possibilitando, assim, à sociedade, representada por um conselho, composto por sete cidadãos recrutados na localidade onde ocorreu o ilícito, exercer o direito-dever conferido pela Constituição de julgar o acusado.

No pertinente à pronúncia, houve algumas modificações importantes. Consoante a legislação anterior, o juiz, convencendo-se da existência do crime e de indícios de que o réu fosse o seu autor, deveria pronunciar-lo, fazendo consignar, na sentença, os motivos de seu convencimento. Embora a doutrina e mesmo a jurisprudência fossem uníssonas quanto aos limites da decisão de pronúncia, não era raro os juízes adentrarem o mérito da questão.

No desiderato de evitar a repetição dessa prática, a nova lei, no art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal, esclareceu que “A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da *materialidade do fato* e à existência de *indícios suficientes* de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena”. A eventual imiscuição no mérito pode gerar nulidade, pois, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça sumariado na 75ª. Edição da Jurisprudência em Teses, “A sentença de pronúncia deve limitar-se à indicação da materialidade do delito e aos indícios de autoria para evitar nulidade por excesso de linguagem e para não influenciar o ânimo do Conselho de Sentença.”

Ademais, a nova lei, atendendo a apelo da doutrina, conferiu tratamento mais técnico aos requisitos ensejadores da decisão de pronúncia, modificando a expressão *existência do crime* para *materialidade do fato*. Quanto à modificação a respeito da autoria, uma vez que a norma anterior falava em *indícios de que o réu seja o seu autor* (art. 408, caput, do CPP), enquanto o caput do art. 413 do CPP exige *indícios suficientes de autoria ou de participação*, não se enxerga que tenha havido, em si, modificação quanto à substância desse requisito. Até porque a doutrina já estabelecia que esses indícios, necessários para respaldar a decisão de pronúncia, deveriam ser *suficientes*. Por outro lado, essa qualificação dos indícios ajusta a norma a outras medidas tomadas no curso do processo para as quais não há necessidade de o pronunciamento do juiz se apoiar na culpabilidade

⁹⁰³ Processo penal, v. 4, p. 64.

do acusado, como é o caso da prisão preventiva, em que se reclama apenas *indícios suficientes*⁹⁰⁴.

5.3.1.1.1. Prisão com a decisão de pronúncia

Como a decisão de pronúncia se escora apenas em juízo de verossimilhança quanto à responsabilidade criminal, tem-se que ela, em certa medida, assemelha-se, e muito, à hipótese em que há os requisitos da materialidade e de indícios suficientes de autoria, os quais, somados a um dos fundamentos do art. 312 do CPP, autorizam a decretação da prisão preventiva. Não tinha sentido, portanto, a admissibilidade, consoante a regra do art. 408, § 2º, do CPP, da decretação da prisão do acusado tendo em consideração a circunstância de ele não ter bons antecedentes ou de não ser primário. O mero juízo de admissibilidade do julgamento da causa perante o tribunal do júri não era pertinente para justificar que, com base apenas na falta de bons antecedentes ou de primariedade, fosse possível a decretação da prisão⁹⁰⁵.

É verdade que a decisão de pronúncia é prolatada no final da primeira fase dos processos da competência do tribunal do júri, o que pressupõe não apenas a oitiva do acusado e das testemunhas em juízo, como o pleno exercício do direito de defesa do inculpatado, razão pela qual, de regra, nesse momento processual, ele faz seu juízo a respeito da prisão com base em uma cognição que não se pode chamar de sumária, como ocorre, com frequência, quando é chamado a decidir sobre a prisão preventiva. Mas ainda assim, não se pode esquecer que nessa decisão não há juízo de culpabilidade e que, nesse momento, na dúvida, o juiz deve inclinar-se pela pronúncia. Por isso mesmo, sendo coerente com o que vem sendo aqui sustentado, o mais razoável é que o recolhimento à prisão com a decisão de pronúncia somente possa ocorrer caso o juiz tenha presente um dos fundamentos que autorizam a prisão preventiva (art. 312 do CPP). Aqui, sim, se mostra adequado adotar aquela posição do Superior Tribunal de Justiça, quanto a exigir que o juiz, ao decretar a prisão, de qualquer forma, faça a sua motivação em um dos fundamentos exigidos para a prisão preventiva (art. 312 do CPP).

Para concertar essa errônea, no § 3º do art. 413 do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 11.689, de 2008, está expresso que, para decretar a prisão com a decisão de pronúncia, o juiz terá de usar como fundamento uma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal.

Mantendo a coerência sistêmica com o art. 387, parágrafo único, impõe-se que, estando o acusado preso, mesmo assim, a decisão de pronúncia, se for o caso, deverá dizer, fundamentadamente, se subsistem as razões para a permanência da prisão preventiva ou de medida restritiva⁹⁰⁶.

5.3.1.1.2. Intimação da decisão de pronúncia

Não se exige, como na redação anterior, que a intimação da decisão de pronúncia, se o crime for inafiançável, seja feita pessoalmente. Nos termos do Lei nº 11.689, de 2008, a intimação da decisão de pronúncia só será feita pessoalmente na hipótese de o acusado encontrar-se recolhido à prisão. Com isso, evita-se que os processos fiquem paralisados, dando a impressão de impunidade, pelo fato de o acusado encontrar-se foragido, impossibilitando a intimação, enquanto o prazo prescricional flui normalmente. A doutrina, há tempos, manifestava-se pela alteração, denominando essa regra de *usina de prescrição*. Sobre esse assunto, cf. o item 5.3.a, supra.

Manteve-se a regra de que, a despeito da existência de advogado constituído, é direito do

⁹⁰⁴ Para a decretação de prisão temporária fala-se em fundadas razões, enquanto para as medidas assecuratórias, a exigência é de indícios veementes, o que quer dizer, de qualquer forma, a mesma coisa de indícios suficientes.

⁹⁰⁵ Sobre esse tema, cf. o item 5.1.9.9.3, supra. Ali se sustenta que a prisão com base na circunstância de o acusado não possuir bons antecedentes ou de não ser primário, antes das modificações das Leis nºs 11.690 e 11.719, de 2008, encontrava justificativa quando a sentença tinha como fundamento a culpabilidade, o que só ocorria quando ela possuía natureza condenatória, o que não é o caso da decisão de pronúncia. Cf., ainda, o item 5.1.9.8.3.1, supra.

⁹⁰⁶ Para não repetir o que já foi exposto, cf. o item 5.1.9.9.3.1, supra.

acusado ser intimado pessoalmente da decisão de pronúncia, porém, se ele estiver solto, estando em lugar incerto ou não sabido ou, por qualquer motivo, não sendo encontrado, a intimação deverá ser feita por edital (art. 420, parágrafo único, do CPP)⁹⁰⁷. Note-se que o legislador, em verdade, utilizou a expressão “... acusado solto que não for encontrado...” (art. 420, parágrafo único, do CPP). Por conseguinte, se ele se esquivar para não receber a intimação pessoal da decisão de pronúncia, é caso, igualmente, de intimação por edital. Até porque a comunicação processual por hora certa só foi prevista para fins de citação.

De qualquer forma, para evitar controvérsias, deveria ter sido especificado, quanto à hipótese de intimação da decisão de pronúncia ao acusado preso, que só haverá de ser feita a comunicação pessoal, quando ele estiver recolhido em estabelecimento localizado fora do espaço de jurisdição do juiz, caso esse fato esteja registrado no processo. Em razão das dimensões territoriais do país, é comum o acusado estar preso em alguma unidade da federação, sem que isso seja do conhecimento do juiz. Por isso mesmo, a Súmula 351 do Supremo Tribunal Federal, acertadamente, dispõe que “É nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce a sua jurisdição.”

Com certeza, haverá muita discussão se, estando o acusado preso, ainda que em estabelecimento fora de jurisdição do juiz, será válida a intimação da decisão de pronúncia ao acusado feita por edital. A solução será a aplicação, por analogia, da Súmula 351 do STF, de modo que a intimação por edital da decisão, estando o acusado preso, somente será considerada nula se o recolhimento à prisão for em estabelecimento situado na mesma unidade da federação em que o juiz exerce a sua jurisdição.

5.3.1.2. Impronúncia

A impronúncia, assim como a pronúncia, é uma decisão com a qual não se faz imiscuição quanto ao mérito do caso submetido à apreciação. Com ela apenas se diz que não há elementos razoáveis, quanto à materialidade ou aos indícios de autoria, para se submeter a pessoa ao julgamento pelo tribunal do júri. Assim, se não é caso de pronúncia, em princípio, deve ser dada a impronúncia, a não ser que haja elementos suficientes para a absolvição sumária. Trata-se de sentença, pois, com ela, se põe fim à relação processual, muito embora sem trazer como consequência a formação de coisa julgada material, mas apenas formal.

No art. 414, caput, do Código de Processo Penal, ao dispor acerca da impronúncia, mantém-se, em linhas gerais, o tratamento então dispensado pelo Código ao tema. A redação, porém, é mais técnica, substituindo-se a expressão *existência do crime* por *materialidade do fato*. Em atenção aos reclamos da doutrina, corrige-se, igualmente, a impropriedade anterior, que dispunha que, não existindo os elementos necessários, o juiz deveria julgar *improcedente a denúncia ou a queixa*. De fato, o que se julga não é a petição, mas sim o pedido. Ainda assim, como se disse, com a impronúncia não há a *improcedência* da pretensão acusatória, uma vez que não há julgamento do mérito. A modificação foi para dizer que, nesses casos, o juiz *impronunciará o acusado* (art. 414, caput), o que é, estreme de dúvidas, mais técnico.

Esclarece o parágrafo único do artigo em foco que, havendo novas provas, desde que não extinta a punibilidade, deverá ser oferecida nova denúncia, pois, para todos os efeitos, a sentença de impronúncia põe fim à relação processual, ainda que tenha o condão de fazer, apenas, coisa julgada formal. Fica claro, assim, que terá de ser realizada nova instrução processual, renovando-se, enfim, toda a primeira fase.

5.3.1.3. Absolvição sumária

Se para a pronúncia basta ao juiz a dúvida, para a absolvição sumária se exige que a

⁹⁰⁷ Cf. item 5.1.4.2, supra.

manifestação judicial esteja acompanhada de provas que sejam *estremes de dúvidas*. Ou melhor, reclama-se que o juiz tenha a certeza quanto à presença de uma das hipóteses previstas em lei que dão ensejo à absolvição sumária. Na dúvida, deve o juiz deixar a questão para ser analisada pelo tribunal do júri. A absolvição, por exemplo, com suporte em uma excludente de criminalidade, pressupõe “... que não haja nenhuma dúvida sobre a existência da excludente de antijuridicidade.”⁹⁰⁸

Importa observar que o juiz, na absolvição liminar, diferentemente do que ocorre no caso da pronúncia, impronúncia ou desclassificação, profere propriamente sentença, apreciando o mérito da questão. Daí por que, diante da competência deferida pelo constituinte ao tribunal do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, há certa divergência quanto a sua harmonia com o preceito constitucional. Decerto que o legislador infraconstitucional não pode suprimir, da competência do tribunal do júri, o julgamento de qualquer caso. No entanto, defende-se que a instituição do júri popular está inserida dentre os direitos e garantias constitucionais dos indivíduos, pelo que, como a absolvição sumária ocorre em prol do acusado, não se verifica incompatibilidade entre a norma constitucional e a subconstitucional⁹⁰⁹.

Na redação anterior, a absolvição sumária estava prevista, apenas, para duas hipóteses: (a) existência de circunstância que exclua o crime; ou (b) existência de circunstância que isente o acusado de pena. Havia entendimento doutrinário no sentido de que as hipóteses de absolvição sumária seriam apenas aquelas expressamente previstas no art. 411 do CPP. Desse modo, até mesmo quando o juiz reconhecesse que o agente não participou do delito (negativa de autoria), ou de que estivesse provada a inexistência do fato ou mesmo o fato não constituísse infração penal, a decisão era de impronúncia.

Para resolver essa discussão, como essas hipóteses dizem respeito a questão de mérito, a nova lei colocou no art. 415 do Código de Processo Penal, como hipóteses de absolvição sumária, quatro circunstâncias:

- I — provada a inexistência do fato;
- II — provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
- III — o fato não constituir infração penal;
- IV — demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Acontece que, por incoerência sistêmica, malgrado tenha sido a extinção de punibilidade considerada causa de absolvição quando o julgamento antecipado se dá no momento do art. 397 do CPP, que se aplica ao procedimento do tribunal do júri, essa mesma hipótese não foi incluída no rol do art. 415 do CPP. Para todos os efeitos, a extinção de punibilidade, igualmente, é causa de absolvição sumária no procedimento relativo aos crimes da competência do tribunal do júri. Para não repetir o que já foi aqui exaustivamente falado a respeito, remete-se o leitor para os itens 5.1.7 e 5.3.1, supra.

O parágrafo único do art. 415 do CPP adverte que a excludente de culpabilidade não pode ser reconhecida nesse momento, salvo se ela for a única tese sustentada pela defesa. Isso porque, se houver outra tese, o processo deve prosseguir, até porque a absolvição com esteio na inimputabilidade, diante da possibilidade de aplicação de medida de segurança até mesmo detentiva, não é propriamente absolutória.

Ademais, em qualquer hipótese de absolvição por ausência de culpabilidade, o pronunciamento judicial possui como pressuposto a circunstância de estar provada a ocorrência do crime e de a pessoa acusada ser quem o praticou, sem estar acobertada por uma das excludentes de criminalidade. Por conseguinte, se além da tese de excludente de culpabilidade houver outra, por exemplo, de negativa de autoria, a lei, em obséquio ao princípio da plenitude de defesa, veda o juiz

⁹⁰⁸ TOURINHO FILHO, **Processo penal**, p. v. 4, p. 50. Magalhães Noronha escreve que, para a absolvição liminar, o juiz “... há de apoiar-se em prova líquida, considerando que está subtraindo o réu do seu juiz natural que é o júri” (**Curso de processo penal**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 237).

⁹⁰⁹ Cf. item 5.3.d, supra.

de proferir a sentença de absolvição sumária pelo reconhecimento da existência de uma das dirimentes de culpa, mas sim proferir a decisão de pronúncia.

De toda sorte, cremos que melhor teria sido que o legislador tivesse repetido a restrição do art. 397, II, do Código de Processo Penal. Com efeito, deve-se ter presente que a absolvição com aplicação de medida de segurança, chamada acertadamente de *absolvição imprópria*, trata-se de absolvição apenas no aspecto técnico-processual; de fato, esse tipo de sentença impõe uma sanção⁹¹⁰, pois a pessoa é mandada para um manicômio judiciário que em tudo se assemelha à prisão, sendo submetida a pessoa, no mais das vezes, a condições mais impróprias do que as dos estabelecimentos carcerários.

Permitir que o juiz absolva sumariamente com a aplicação de medida de segurança, especialmente de ordem detentiva, é suprimir do acusado o direito de tentar a absolvição pelo conselho de sentença, que pode absolver por clemência, de modo que isso vulnera o princípio da plenitude de defesa. Ainda mais porque, no julgamento pelo júri, tem-se por obrigatória, independentemente da tese específica de defesa, a elaboração de quesito genérico obrigatório, estampado no art. 483, § 2º, do CPP⁹¹¹. No ponto, Maria Cláudia⁹¹², em trabalho acadêmico, além de defender esse entendimento, agrega que é desarrazoado “... conferir ao julgador da primeira fase o convencimento acerca da formação de culpa, tendo em vista a competência constitucionalmente assegurada de julgamento pelo tribunal do júri”.

5.3.1.4. Recurso

Tendo em consideração as críticas lançadas pela doutrina, corrigiu-se a atecnia de estabelecer a interposição do recurso em sentido estrito das sentenças de impronúncia e de absolvição sumária. Agora, corretamente, cabe recurso em sentido estrito apenas da decisão de pronúncia, uma vez que esta não tem o condão de encerrar a relação do processo, pelo contrário, trata-se do ato-condição para o julgamento pelo tribunal do júri, com o qual se admite o *jus accusationis*. É espécie de decisão interlocutória.

A impronúncia e a absolvição sumária põem fim ao processo, embora a primeira sem a apreciação do mérito, daí por que o recurso adequado é o de apelação. Por isso mesmo, a Lei nº 11.689, de 2008, revogou o inciso VI do art. 581 do CPP e derogou o inciso IV do mesmo dispositivo, para retirar a expressão *impronunciar* que dele constava. Assim, o recurso cabível da impronúncia ou da absolvição sumária passou a ser o de apelação.

Revela-se incongruente, no entanto, diante do que dispõe o art. 483, § 2º, do CPP, a possibilidade de recurso de apelação, com suporte no argumento de que a absolvição se apresenta manifestamente contrário às provas dos autos. Ora, se os jurados podem absolver por clemência, o que restou reforçado com o disposto no art. 483, § 2º, do CPP, qual o sentido de permitir o recurso pelo fato de a decisão não se coadunar com as provas dos autos.

Tendo em consideração que o julgamento por equidade só é razoável quando se der no sentido de absolvição, a previsão do recurso de apelação sob o fundamento de que o julgamento tenha sido manifestamente contrário à prova dos autos somente deve ser previsto para os casos de condenação. A respeito, salienta Maria Cláudia⁹¹³, “... não há que se falar na possibilidade da interposição de apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, em razão de se mostrar inteiramente incongruente com a formulação do quesito absolutório genérico...”, quando a decisão do júri for absolutória.

⁹¹⁰ Tecnicamente, a medida de segurança não é pena, mas é uma espécie de sanção, aplicável ao inimputável, em razão da prática de um crime.

⁹¹¹ Cf. item 5.3.2.8, *infra*.

⁹¹² FREIRE, Maria Claudia Ananias. **Garantia de julgamento pelos pares: inadmissibilidade da decisão de absolvição sumária com imposição de medida de segurança**. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018, p. 47.

⁹¹³ *Idem*, p. 62.

5.3.2. Segunda fase

Proferida a decisão de pronúncia, encerra-se a primeira fase do processo da competência do tribunal do júri, passando-se para a seguinte. Pela sistemática anterior, ultrapassada a fase de recurso da decisão de pronúncia, os autos eram remetidos ao Ministério Público, a fim de que, no prazo de cinco dias, este apresentasse o libelo.

O libelo era uma peça jurídica de rigor formal, em que o representante do Ministério Público, de forma objetiva e articulada, guardando fidelidade com a decisão de pronúncia, dava início à segunda fase do processo da competência do tribunal do júri. O libelo servia, ainda, de bússola para a elaboração, pelo juiz-presidente, dos quesitos a serem submetidos ao Conselho de Sentença, cujas respostas consistem no julgamento do caso.

A Lei nº 11.689, de 2008, suprimiu o libelo e, evidentemente, a oportunidade de o acusado contrariá-lo. A supressão do libelo se deu pela simplificação dos quesitos a serem formulados ao conselho de sentença, que, agora, restringem-se à materialidade do fato, à autoria ou participação, a se o acusado deve ser condenado, se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa e se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia.

Ademais, anteriormente, havia impropriedade técnica, ao se dizer que, *transitada em julgada a sentença de pronúncia*, seria dada vista para fins de apresentação do libelo. Como não se trata de sentença e, igualmente, não há formação de coisa julgada, adequadamente, no art. 421, caput, do CPP, está dito que, *preclusa a decisão de pronúncia*, os autos serão conclusos ao juiz, a fim de que sejam intimadas as partes para, no prazo de cinco dias, apresentar o rol de testemunhas, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade própria, igualmente, para a juntada de documentos e o requerimento de diligências (art. 422 do CPP)⁹¹⁴.

5.3.2.1. Alistamento dos jurados

A forma de recrutamento dos cidadãos a serem escolhidos para participar, na qualidade de juízes de fato, dos processos da competência do tribunal do júri, não sofreu modificação de monta. O alistamento será de 800 (oitocentos) a 1.500 (mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem) mil habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população. Os nomes das pessoas escolhidas devem ser objeto de primeira publicação no diário oficial até o dia 10 de outubro de cada ano. A lista poderá ser alterada por reclamação de qualquer do povo ou de ofício, até o dia 10 de novembro, data de sua publicação definitiva.

No art. 425, § 2º, do CPP, ampliaram-se as fontes para escolha de cidadãos para fazerem parte da lista geral, incluindo, as associações de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral e quaisquer núcleos comunitários.

O § 4º, do art. 424, do CPP, demonstra preocupação com a renovação da lista geral dos jurados, deixando expresso que “O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem a publicação da lista geral fica dela excluído.” Isso levará o Presidente do tribunal do júri a uma renovação periódica dos alistados, o que é salutar.

5.3.2.2. Desaforamento

O desaforamento é instituto próprio dos processos da competência do tribunal do júri, consistente em instrumento hábil para a modificação da competência, nas situações em que o interesse de ordem pública o reclamar, ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou

⁹¹⁴ O libelo e a contrariedade também se constituíam nas oportunidades próprias para que as partes arrolassem as testemunhas para depor em plenário, juntassem documentos e requeressem diligências. Com as supressões dessas duas peças, fez-se necessária a regra do art. 422 do CPP.

segurança pessoal do acusado.

Aqui, a inovação foi para conferir expressamente ao assistente a possibilidade de pedir o desaforamento, já que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não lhe reconhecia legitimidade para tanto. Ainda no que pertine à legitimidade para requerer o desaforamento, no art. 427 do Código de Processo Penal faz-se menção ao querelado, deixando, inexplicavelmente, de referir-se ao querelante. De duas uma: houve lapso na elaboração da norma, ou, realmente, teve-se a pretensão de retirar, apenas do querelante, a possibilidade de pedir o desaforamento, com o que não se pode concordar.

Sobre esse aspecto, manteve-se a sistemática de levar os crimes conexos, ainda que em se tratando de ação penal privada, para serem julgados perante o tribunal do júri. O melhor seria que, pelo menos com relação aos crimes de ação penal privada, não tivesse sido admitida a conexão. Com isso, perde-se ótima oportunidade de escoimar essa anomalia, que é de colocar à apreciação dos jurados crimes que, por política legislativa, são considerados ofensivos mais diretamente à vítima, e não à sociedade.

Na regra anterior, era possível, ainda, o desaforamento, quando o processo, após um ano do libelo, não fosse a julgamento pelo plenário do júri, desde que para a demora não tivesse concorrido a defesa. Com a modificação introduzida pela Lei nº 11.689, de 2008, o pedido de desaforamento poderá ser feito por qualquer das partes, quando, após o prazo de 6 (seis) meses da data de preclusão da decisão de pronúncia, o julgamento não puder ser realizado, em razão de comprovado *excesso de serviço* (art. 428, caput, do CPP)⁹¹⁵.

5.3.2.3. Organização da pauta

Na organização da pauta dos processos que deverão ser julgados na reunião periódica do tribunal do júri, com redação mais técnica, faz-se a ordem de preferência dos julgamentos, com o acréscimo, no parágrafo único do art. 431 do CPP, de disposição impondo ao juiz reservar, na pauta, datas para a *inclusão de processo que tiver o julgamento adiado*, qualquer que seja o motivo. Assim, se o processo, eventualmente, for adiado, em princípio, ele deverá ser julgado na mesma convocação do tribunal do júri, pois haverá data reservada para esse fim. Essa disposição é de mais alta importância, pois, embora alguns juízes já adotassem essa providência, como não havia previsão legal nesse sentido, em muitos casos, quando havia o adiamento, o julgamento do processo findava sendo postergado até a próxima convocação do júri.

Aumentou-se o prazo de antecedência para o requerimento do assistente que tiver a pretensão de participar do julgamento do tribunal do júri, que agora será de cinco dias da data marcada para a sessão (art. 430 do CPP).

5.3.2.4. Sorteio e convocação dos jurados

A nova disciplina para o tribunal do júri fornece novas regras quanto ao sorteio dos jurados, ampliando a participação das partes, ao garantir que essa audiência somente será realizada após a organização da pauta. Na sugestão da Comissão de Reforma, exigia-se a intimação tanto do representante do Ministério Público quanto dos defensores dos acusados cujos processos estivessem incluídos na pauta. Como se percebe, era muita gente para ser intimada.

Felizmente, no texto aprovado, a intimação necessária se concentra no Ministério Público, na Ordem dos Advogados do Brasil e na Defensoria Pública, a fim de que possam acompanhar, em dia e hora designados, o sorteio dos jurados que atuarão na reunião periódica. Parece que essa providência é o bastante e a mais razoável (art. 432 do CPP).

Suprimiu-se a exigência de que as cédulas fossem sorteadas por um menor de dezoito anos. Esse sorteio, razoavelmente, será feito pelo próprio juiz (art. 433, primeira parte, do CPP). O

⁹¹⁵ Atecnicamente, o dispositivo fala em trânsito em julgado da decisão de pronúncia. Cf. item 5.3.1.1, supra.

número de jurados sorteados, que era de 21 (vinte e um), passou para 25 (vinte e cinco), conforme dispõe o art. 433, segunda parte, do CPP.

A fim de estabelecer um melhor planejamento, o § 1º. do art. 433 do Código de Processo Penal, determina que a audiência de sorteio será realizada, necessariamente, entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião. Isso para dar tempo de o cartório ou a secretaria providenciar a convocação dos jurados escolhidos.

Inadvertidamente, permaneceu a sugestão da Comissão de Reforma, segundo a qual não se daria o adiamento da audiência de sorteio, caso não comparecessem as *partes* (art. 433, § 2º, do CPP). Ora, não foi aprovada a sugestão de que o Ministério Público e os advogados dos acusados deveriam ser intimados para o ato. O que o art. 433, § 2º, do CPP, quer dizer é que o não comparecimento do Ministério Público, da Ordem dos Advogados ou da Defensoria Pública não é causa para o adiamento.

Na primeira sugestão apresentada pela primeira Comissão de Reforma, determinava-se que o ato convocatório dos jurados, a ser realizado pelo correio, deveria ser acompanhado das cópias da pronúncia e do relatório. Procurava-se munir os jurados de peças importantes do processo, para situá-los melhor sobre os casos que poderiam vir a julgar (art. 435 do CPP). Houve muita crítica a essa proposta. Na prática, o cumprimento dessa determinação seria dispendioso para os cartórios ou secretarias, tanto com a xerocópia das peças quanto com o encaminhamento, via correio, dessa documentação, contendo as peças pertinentes de todos processos da pauta, levando-se em consideração que seriam 25 (vinte e cinco) os destinatários.

A Comissão de Reforma, depois, alterou a sugestão, de modo que restou como obrigatório, apenas, que o ato de convocação seja acompanhado da transcrição dos arts. 436 a 446 do Código de Processo Penal, os quais contemplam as normas sobre a função do jurado. Enquanto o art. 466, § 2º, do CPP, em sua redação anterior, dizia que, havendo possibilidade, a decisão de pronúncia deveria ser distribuída entre os jurados, agora o parágrafo único do art. 472 do mesmo Diploma Legal impõe ao juiz que, após a formação do conselho de sentença, entregue aos jurados cópias dessa peça processual, assim como do relatório, o que é o mais adequado⁹¹⁶.

5.3.2.5. Função do jurado

Quanto à função do jurado, não houve inovação maior, carecendo de registro que saíram do rol dos isentos do serviço do júri, dentre outros, os ministros de confissão religiosa, os farmacêuticos e as parteiras, enquanto foram incluídas pessoas integrantes de outras carreiras além das do Judiciário, do Legislativo e do Executivo, como os membros da Defensoria Pública, os servidores dessa instituição e do Ministério Público e os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos. Em relação a estes quando houver requerimento de dispensa.

Foi estabelecida multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a ser aplicada de acordo com a condição econômica do jurado, para quando ocorrer a recusa injustificada da prestação do serviço, a fim de reforçar não apenas a obrigatoriedade do exercício dessa função, mas a importância desse *munus* público (art. 436, § 2º, do CPP).

Como alternativa à recusa ao serviço do júri *fundada* em convicção religiosa, filosófica ou política e, assim, evitar a suspensão dos direitos políticos, definiu-se que se entende por *serviço alternativo* “... o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins.” (art. 438, caput e § 1º, do CPP)

Por fim, como prêmio pelo exercício de função pública, obrigatória e gratuita, além da preferência, no caso de empate, em concorrência pública, estabeleceu-se a precedência “... no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária.” É um incentivo importante para quem é servidor público ou

⁹¹⁶ Cf. item 5.3.2.6, infra.

pretende sê-lo.

5.3.2.6. Instrução plenária

Nessa parte, houve modificação substancial, a fim de que a instrução seja feita da mesma maneira como na primeira fase e do mesmo modo como nos demais procedimentos, nos termos das alterações promovidas pelas Leis nºs 11.690 e 11.719, ambas de 2008. Para não repetir o que já foi aqui tratado, remete-se o leitor para os itens 5.1.9, 5.1.9.1.2, 5.1.9.3, 5.1.9.3 e 5.1.9.4, supra.

A crítica que se faz, porém, é que não houve coerência sistêmica. No procedimento previsto para o julgamento na sessão plenária, sem nenhuma justificativa, em relação às testemunhas, ao invés de as partes serem as primeiras a fazer as perguntas, cabendo ao juiz, apenas, a complementação, como é próprio de um sistema acusatório, pela dicção normativa do caput do art. 473, do CPP, quem inicia a inquirição é o juiz-presidente. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico processual penal, porém, impõe que se entenda que, mesmo em se tratando do plenário da sessão do tribunal do júri, as partes devem ser as primeiras a perguntar⁹¹⁷.

O mesmo desacordo lógico se observa quanto ao interrogatório do acusado. Pela redação do art. 474, § 1º, do CPP, após o juiz, “O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao ofendido.”

O interrogatório, assim, quebrando tradição do nosso direito, em se tratando daquele prestado perante a sessão de julgamento do tribunal do júri, observará o *contraditório*, permitindo-se inquirição pelas partes. Não seria apenas o juiz que dirigiria a palavra ao acusado; as partes também o fariam. É mais: as perguntas não precisariam ser formuladas por intermédio do juiz, pois estabelecido que poderão fazê-las diretamente⁹¹⁸. Seria a instituição em nosso Ordenamento Jurídico do critério do *cross examination* para fins de interrogatório do acusado, hipótese em que ele seria tratado como testemunha. No nosso sistema, todavia, isso não é admissível. A esse respeito, conferir os itens 5.1.5.7 e 5.1.5.11, supra, nos quais se expõe que o interrogatório, como uma das dimensões do princípio da ampla defesa, representa o direito de audiência do acusado com o juiz responsável pelo seu julgamento, de modo que, diferente de outros sistemas jurídicos, ele não comparece ao ato processual para ser inquirido pelas partes, mas sim para se defender, não podendo ser tratado como se testemunha fosse.

Com acendrado acerto, no caput do art. 474 do Código de Processo Penal está inserto que o interrogatório somente será realizado se o acusado estiver presente em plenário, devendo-se, pois, em caso contrário, dar-se continuidade à sessão. Aqui se ressalta que o interrogatório é genuíno meio de defesa, não sendo o acusado obrigado ao seu exercício⁹¹⁹. Possibilita-se, por conseguinte, o julgamento de crimes dolosos contra a vida, ainda que inafiançáveis, à revelia do acusado, o que era vedado pela legislação anterior.

A par de estar em compasso com a ideia de que o interrogatório é um direito de defesa, cujo exercício consulta ao interesse da defesa, o dispositivo em foco, nessa parte, guarda harmonia com o escopo da reforma em espancar o sentimento de impunidade, diante das regras anteriores que vedavam a realização do julgamento de crimes da competência do tribunal do júri sem que o acusado fosse intimado pessoalmente da pronúncia, ou, então, não estivesse presente à sessão de julgamento.

Inovação importante, porém, foi quanto a não se permitir que o acusado, durante a sessão do júri, fique algemado, para evitar que essa situação influencie o jurado no julgamento (art. 474, § 3º, do CPP). Aliás, o Supremo Tribunal foi além dessa previsão normativa, ao editar a Súmula Vinculante nº 11, para dispor que “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal

⁹¹⁷ Cf. item 5.1.8.5.1, supra.

⁹¹⁸ Os jurados, também, poderão fazer perguntas ao interrogado, porém, com a intermediação do juiz.

⁹¹⁹ Cf. item 5.1.5.9, supra.

do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado.” No mesmo passo, o Superior Tribunal de Justiça, na 78ª edição da Jurisprudência em teses, firmou posição no sentido de que “1) O emprego de algemas deve ser medida excepcional e a utilização delas em plenário de júri depende de motivada decisão judicial, sob pena de configurar constrangimento ilegal e de anular a sessão de julgamento.”⁹²⁰

Embora a norma ali constante, a princípio, seja direcionada para as operações policiais em que se faz a prisão de pessoas, ela se aplica, igualmente, a todo e qualquer *ato processual*. Dessa forma, a regra do art. 474, § 3º, do CPP, é aplicável às sessões do tribunal do júri, assim como a todo e qualquer ato processual. Estando o acusado presente à audiência, se ele estiver algemado, deverá o juiz determinar que as algemas sejam retiradas, salvo se houver *fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros*.

Pena que o legislador não aproveitou a oportunidade para realçar que o direito de presença do acusado à sessão do júri serve para ele prestar auxílio na sua defesa, que compreende o direito de sentar ao lado de seu advogado e com ele conversar durante o julgamento. É verdade que hoje é mais raro nas sessões do tribunal do júri colocar o acusado sentando à frente da mesa do juiz, ladeado por policiais. Mas alguns juizes ainda insistem nessa prática, que é de todo condenável, porque coloca o acusado em situação vexatória perante todos e, assim como quando ele está algemado, sugestiona a sua culpabilidade para o corpo de jurados.

O art. 475 do Código de Processo Penal trata da forma de documentação da sessão plenária do júri, a fim de estabelecer, no caput, que “O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recurso de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova.” Devido à falta de sistematização, não se repetiu para a sessão do júri a previsão da possibilidade de gravação audiovisual dos depoimentos e do interrogatório. Ficou apenas a observação, inserida no parágrafo único do dispositivo em foco, de que “A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos.” Esse erro partiu da própria Comissão de Reforma criada pelo Ministério da Justiça que, embora tenha proposto a adoção da técnica audiovisual como a mais adequada para a documentação das audiências, uma vez que confere maior *fidelidade das informações* colhidas, daí por que, nesse caso, fica dispensada a degravação, deixou de estabelecer idêntica norma para a sessão do tribunal do júri⁹²¹.

De qualquer modo, os §§ 1º e 2º do art. 405 do Código de Processo Penal são aplicáveis ao procedimento relativo ao tribunal do júri, devendo, assim, o juiz realizar a sessão plenária com a gravação por sistema audiovisual, hipótese em que não será necessária a degravação dos depoimentos nem do interrogatório.

5.3.2.7. Debates

Nos termos da regra anterior, não se permitia a produção ou leitura de documento que não tivesse sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias. Manteve-se o prazo, mas esclareceu-se que são contados apenas os dias úteis e acrescentou-se que não se admite, igualmente, sem essa antecedência, “... a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.” (art. 479, parágrafo único, do CPP).

A alteração mais importante, porém, em relação aos debates, foi a proibição, nos incisos I e II do art. 478 do Código de Processo Penal, à referência pelas partes, sob pena de nulidade, (a) à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; e (b) ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em

⁹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁹²¹ Cf. itens 5.1.9.1.2. e 5.1.9.1.3, supra.

seu prejuízo. No ponto, o Superior Tribunal de Justiça, com desenganado acerto, esclareceu, na *Jurisprudência em Teses*, edição 78, que “4) A leitura em plenário do júri dos antecedentes criminais do réu não se enquadra nos casos apresentados pelo art. 478, incisos I e II, do Código de Processo Penal, inexistindo óbice à sua menção por quaisquer das partes.”⁹²²

Era comum, durante os debates, especialmente quando o juiz, na decisão de pronúncia, ia além do juízo de admissibilidade do julgamento perante o tribunal do júri, o Ministério Público invocar os seus termos como argumento em prol de sua pretensão acusatória. O conselho de sentença, composto por pessoas leigas, é sensível a argumentos dessa natureza, de modo que a solução alvitrada pelo legislador se mostra adequada. Até porque, como se disse, agora, logo após a formação do conselho de sentença, deve o juiz distribuir entre os jurados cópia da decisão de pronúncia ou das decisões posteriores que a modificaram, assim como o relatório do processo⁹²³.

Porém, era comum a defesa se utilizar do conteúdo da pronúncia, na parte em que se faz referência à existência de indícios, para apontar que até mesmo o juiz não tivera segurança quanto à culpabilidade do acusado, com a finalidade de sustentar a inexistência nos autos de prova suficiente para a condenação, pelo que deveria ser procedida à absolvição, com esteio no princípio do *in dubio pro reo*. Devido a essa circunstância, a norma, que foi estabelecida com o desiderato de dar mais garantias ao acusado, tem sido contestada por alguns advogados, que sustentam a inadmissibilidade de limitações ao exercício do direito de defesa.

Não há, porém, limitação. Antes de tudo, é aética a remissão aos termos da pronúncia, seja por parte do Ministério Público, seja da defesa, para, com isso, tentar influenciar o conselho de sentença, até porque, como se sabe, o juiz, nesse momento, não pode nem deve fazer qualquer consideração quanto à culpabilidade, ou não, do acusado. O conselho de sentença é soberano e deve decidir consoante a sua convicção, sem qualquer tipo de influência, não sendo lícito às partes, ainda que em nome da ampla defesa, se utilizar de subterfúgios para lograr êxito.

De qualquer forma, o Superior Tribunal de Justiça na *Jurisprudência em Teses*, edição nº 75, firmou o entendimento de que “8) A simples leitura da pronúncia no Plenário do júri não leva à nulidade do julgamento, que somente ocorre se a referência for utilizada como argumento de autoridade que beneficie ou prejudique o acusado.”⁹²⁴

Como foi ressaltado, a fim de o exercício do direito ao silêncio, que importa não apenas no direito de não prestar o interrogatório como o de não comparecer à sessão do tribunal do júri, não seja explorado indevidamente pelo Ministério Público, o novo art. 478 do CPP veda que se faça qualquer conjectura a respeito. Porém, o mais adequado, como se disse, seria que a norma tivesse colocado, como dever do juiz, alertar ao jurado que a circunstância de o acusado não ter comparecido ou, comparecendo, preferir ficar calado, não pode ser levada em conta contra ele. De qualquer sorte, o juiz deve sempre fazer essa advertência, quando for o caso⁹²⁵.

Merece registro, ainda, em relação às alterações inseridas para os debates, a regra de que caberá ao juiz regular a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra. Como não havia nenhuma disposição normativa a respeito, existia divergência quanto a quem deveria ser dirigido o pedido de aparte. A maioria da doutrina entendia que, se a palavra estava com uma das partes, a ela cabia dizer se permitia, ou não, a intervenção. O legislador, porém, preferiu deixar o assunto para ser decidido pelo juiz, na qualidade de presidente dos trabalhos da sessão do tribunal do júri. Assim, nos termos do art. 497, XII, do CPP, o pedido de aparte deve ser feito ao juiz, ao qual caberá deferir-lo, ou não. Sendo deferido, poderá conceder o aparte por no máximo 3 (três) minutos, com o correspondente acréscimo do tempo para a sustentação da parte que está com a palavra. Certamente a intenção foi permitir, ainda que minimamente, efetiva debate entre as partes, e não meras sustentações orais, como infelizmente acontecia com certa frequência. A inovação é pertinente, tendo em conta melhor capacitar os jurados para o julgamento, ademais de ser próprio

⁹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁹²³ Cf. item 5.3.2.4, supra.

⁹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁹²⁵ Cf. item 5.3.a, supra.

a um sistema que adota a oralidade com princípio imanente.

5.3.2.8. Redação e votações dos quesitos

A quesitação elaborada pelo juiz para submeter o caso à decisão do conselho de sentença, sem dúvida alguma, era, e continua sendo, a parte mais complexa do julgamento pelo tribunal do júri. Se a feitura dos quesitos possui um rigor técnico que muitas vezes levava à nulidade dos julgamentos, mesmo quando confeccionados por juízes experientes, os detalhes jurídicos que eram exigidos nas perguntas, não raro, deixavam os jurados com dificuldade para responder. Por isso mesmo, os juízes, quando explicavam em que consistia cada um dos quesitos, para deixar bem claro o que significava a resposta, assinalavam que, ao entregar a *cédula-sim* como manifestação do voto, a consequência era, conforme o caso, decidir pela condenação ou absolvição. O mesmo alertavam os juízes em relação às consequências caso fosse depositada na urna a *cédula-não*.

Em consonância com a ideia de simplificar e agilizar o procedimento previsto para os processos da competência do tribunal do júri, a Lei nº 11.689, de 2008, introduziu importantes modificações quanto à formulação dos quesitos. Sintetizando em que deve consistir o questionário, o art. 482, caput, do CPP, preceitua que o conselho de sentença “... será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido.”

O art. 483 estabelece a ordem de elaboração dos quesitos, que será a seguinte:

- I — a materialidade do fato;
- II — a autoria ou participação;
- III — se o acusado deve ser absolvido;
- IV — se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
- V — se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Pela prescrição normativa do artigo em foco, assim como era antes, os quesitos devem ser formulados de forma que o primeiro se refira ao fato principal, ou seja, à materialidade do fato imputado ao acusado, enquanto o segundo, a respeito da autoria ou participação. Negada a materialidade ou a autoria, o que ocorre se mais de três dos sete jurados, a maioria, portanto, responderem negativamente ao primeiro ou ao segundo quesito, a votação é encerrada, com a absolvição do acusado (art. 483, § 1º, do CPP).

Só se passa ao terceiro quesito caso os dois primeiros tenham obtido a maioria com a resposta *sim*. Reconhecido pelo conselho de sentença que o crime ocorreu e que o acusado é o autor ou partícipe do ilícito, com o terceiro quesito, os jurados irão dizer se *absolvem o acusado*.

Note-se a preocupação do legislador em espancar qualquer dúvida a respeito da matéria. Ele próprio se encarregou de colocar, na norma, como deve ser redigido, pelo juiz, o quesito. Mais claro impossível. Cabe verificar, ainda, que não se pode perguntar se *O jurado condena o acusado*. A pergunta, tal como está redigido o inciso III do art. 483 do CPP pelo legislador, deve ser: “se o acusado deve ser absolvido”. No ponto, a fim de evitar qualquer dúvida de como deve ser o teor do quesito, o legislador cuidou de deixar estampado no § 2º do art. 483 do CPP, a redação dessa pergunta que deve ser feita ao jurado, de regra, após os quesitos referentes à materialidade e à autoria. Eis o texto normativo:

O jurado absolve o acusado?

Essa forma é mais favorável ao acusado, razão pela qual, em obséquio ao princípio do *in dubio pro reo*, é a que deve ser feita, sob pena de nulidade, pois o legislador foi peremptório a respeito. Tenha-se em conta que a psicologia forense explica que há uma maior tendência de a pessoa fazer a confirmação, diante de uma pergunta que deve ser respondida singelamente com um *sim* ou um *não*. Por isso mesmo, dissemos no tópico 5.3 supra que a imposição da realização do

questo sob essa forma se insere dentro do princípio da plenitude de defesa. Se a maioria do conselho de sentença responder com a cédula *sim*, encerra-se a votação, com a absolvição do acusado.

Com isso, elimina-se, de uma vez por todas, a necessidade do desdobramento da tese de defesa, assemelhando-se ao *sistema inglês*, em que os jurados dizem, tão somente, se o acusado é culpado ou inocente (*guilt or not guilt*). A pergunta é genérica, não havendo necessidade de se mencionar a tese de defesa. O que importa é se o jurado acha que o acusado é inocente. Isso é o bastante. Mesmo que a tese de defesa seja mais de uma, antagônicas, ou não, a lei não exige expressamente que sejam elaborados quesitos específicos a respeito. Assim, no ponto, à primeira vista seria mais pertinente fazer os quesitos especificando cada tese de defesa (excludente de criminalidade, de culpabilidade, negativa de autoria etc.), o que, na edição anterior, chegamos a defender. Entretanto, essa não parece ser o entendimento mais correto.

A intenção do legislador foi estabelecer que, além da tese ou teses específicas esboçadas pela defesa, dadas as características do tribunal do júri, que julga por equidade, o conselho de sentença, sempre e sempre, seja indagado se entende, nada obstante as provas do processo, se o acusado deve ser absolvido.

Por isso mesmo, é irrelevante se a tese é apenas de negativa de autoria, hipótese em que, com as respostas positivas dadas aos primeiros quesitos que dizem respeito, respectivamente, à materialidade e à autoria, poder-se-ia pensar que não haveria necessidade de submeter à votação a pergunta se “O jurado absolve o acusado”. Aqui cabe repetir o que dissemos no item 5.3 supra: pode ser que o jurado não tenha entendido bem a tese de defesa ou, então, com ela não concorde, mas, mesmo assim, queira absolver o acusado. Não se quer ter dúvida de que o jurado quer absolver o acusado, de modo que a imposição de que a pergunta seja feita na forma prescrita em lei se insere no conceito da plenitude de defesa.

Alinhado a esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, na sua Jurisprudência em Teses, edição de número 78, ressaltou que “9) Após as modificações no rito do Tribunal do Júri introduzidas pela Lei n. 11.689/2008, o quesito genérico de absolvição (art. 483, III, do CPP) não pode ser tido como contraditório em relação ao reconhecimento da autoria e da materialidade do crime.”⁹²⁶

Caso a tese de defesa seja de desclassificação para outro crime, o legislador apresentou soluções distintas para a ordem da quesitação, conforme seja a hipótese. Caso a desclassificação seja para um crime da competência do juiz singular (tentativa de homicídio para lesão corporal), o quesito a respeito pode ser posto à votação do conselho de sentença antes ou depois da pergunta obrigatória da absolvição (art. 483, § 4º). Como se vê, aqui o legislador estabeleceu uma faculdade para o juiz.

No entanto, sendo a desclassificação para crime igualmente da competência do tribunal do júri (homicídio para infanticídio), esse quesito, acertadamente, deve ser, necessariamente, após a pergunta se o jurado absolve o acusado. Porém, se a tese de defesa for de desclassificação para o crime na forma tentada ou havendo divergência quanto à tipificação adequada do crime, sendo este da competência do tribunal do júri, o quesito será colocado em votação imediatamente após o segundo quesito (art. 483, § 5º). Como se vê, o legislador procurou estabelecer a ordem dos quesitos conforme o tipo de indagação, esquecendo-se, portanto, de levar em consideração qual é a tese principal.

Por isso mesmo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.509.504-SP, Relatora Ministra Maria Thereza, julgado em 27/20/2005, com régua e compasso, esclareceu essa situação, deixando patente que “A tese absolutória de legítima defesa, quando constituir a tese principal defensiva, deve ser quesitada ao Conselho de Sentença antes da tese subsidiária de desclassificação em razão da ausência de *animus necandi*”. Merece aplauso o entendimento em foco. Se a tese principal é da legítima defesa, caso o juiz, por exemplo, coloque em votação primeiro a tese secundária, que é referente à desclassificação, na hipótese de acolhida esta, isso

⁹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON. Acesso em: 26 jul. 2018.

terá o condão de sonegar do acusado o direito de ver o seu efetivo argumento fundamental julgado pelo conselho de sentença, ademais de subtrair do júri, que é o juiz natural da causa, a possibilidade de apreciar a matéria. Ademais, malfere o princípio da *plenitude de defesa*, na medida em que impede o que o acusado seja julgado pelo *juízo de equidade*.

Embora silente a lei, a mesma solução deve ser emprestada quando uma das teses de defesa seja no sentido de absolver o acusado com suporte na tese de inimputabilidade. O quesito referente a essa tese tem de ser após o quesito genérico de absolvição, plasmado no art. 483, III, do CPP. A esse respeito, Maria Cláudia⁹²⁷, em monografia, com desengano acertado, defende que, além de ser impertinente a absolvição sumária com suporte na inimputabilidade, destaca que, em consideração o princípio da plenitude de defesa, deve haver a oportunidade de a acusado de obter a absolvição própria, daí por que a tese de absolvição própria, específica e ou genérica, deve ser feita antes, “... seguido da tese absolutória impropria (tese de defesa), sob pena da ordem dos quesitos incorrer em prejuízo ao acusado.”

Há uma indagação importante. Embora difícil e improvável, pode ser que a tese de desclassificação do crime não apenas seja a principal como, igualmente, a única. Nessa hipótese, mesmo assim, não acolhida a tese pelo conselho de sentença, é preciso colocar em votação a pergunta *se o jurado absolve o acusado?*. Pensamos que sim. Essa é uma pergunta obrigatória, independentemente da tese de defesa. Tem relação com a máxima do tribunal do júri, que é situação em que o conselho de sentença, por ser composto por leigos, julga por equidade, ou seja, conforme a justiça do caso dado, independentemente do sistema normativo.

Abstráida essa questão, tendo sido respondido negativamente o quesito referente à absolvição, e não havendo quesito sobre a desclassificação, para todos os efeitos, o acusado está condenado, pelo que, daí em diante, o juiz passa aos quesitos que dizem respeito à dosimetria da pena. Aí sim o juiz fará o quesito seguinte, que é sobre a existência de *causa de diminuição de pena alegada pela defesa*. Essa pergunta só há de ser feita *se alegada pela defesa*, como está por demais patente com a mera leitura da norma contida no inciso IV do art. 483 do CPP (“se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa”).

Por fim, devem ser formulados quesitos a respeito da existência de circunstância qualificadora ou de causa de aumento, desde que, naturalmente, uma ou outra tenha sido reconhecida na pronúncia ou na decisão posterior que a modificou (inciso V do art. 483 do CPP).

Saliente-se que, diferentemente de como era antes, não serão mais objeto de quesito as circunstâncias agravantes ou atenuantes. Caberá ao juiz, na sentença, decidir a esse respeito. Com isso, o número de quesitos fica reduzido, o que serve para simplificar a quesitação. Ademais, as agravantes ou atenuantes servem, unicamente, para a dosagem da pena, de modo que o correto é deixar a sua apreciação para o juiz, e não para o conselho de sentença. Já as causas de aumento ou de diminuição servem para a tipificação em si da conduta criminosa, razão pela qual devem ser decididas pelo júri.

Nada obstante, a inobservância da ordem da quesitação é irregularidade que precisa ser impugnada assim que o juiz, em plenário, antes de determinar o recolhimento à sala especial, faz a publicação dos quesitos. O entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, retratado na sua Jurisprudência em Teses, edição 78, é de que “10) Possíveis irregularidades da quesitação devem ser arguidas após a leitura dos quesitos e a explicação dos critérios pelo juiz presidente, sob pena de preclusão (art. 517, inciso VIII, do CPP)”⁹²⁸, ressalvando, porém, por se tratar de nulidade absoluta, na medida em que acarreta dúvida quanto ao efetivo veredito dos jurados, que “11) É nulo o julgamento quando os quesitos forem apresentados com má redação ou quando forem formulados de modo complexo, a ponto de causarem perplexidade ou de dificultarem o entendimento dos jurados.”⁹²⁹

⁹²⁷ FREIRE. Maria Claudia Ananias. **Garantia de julgamento pelos pares: inadmissibilidade da decisão de absolvição sumária com imposição de medida de segurança**. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018, p. 57.

⁹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁹²⁹ Ibid.

Mas a alteração alvitrada pelo § 1º do art. 483 do CPP é mais profunda do que se imagina. Com a nova regra, os votos contados serão apenas os necessários para se alcançar a maioria. Por conseguinte, ao contrário do que ocorria antes, se os quatro primeiros votos forem em um mesmo sentido, o juiz não deve mais apurar os demais. Não será mais possível se apurar sete votos a favor ou contra qualquer que seja a pergunta contida no quesito submetido à votação do corpo de jurados, muito embora a interpretação literal da norma dê a entender que essa regra só tenha validade para os dois primeiros quesitos, mencionados nos incisos I e II do art. 483 do Código de Processo Penal. Essa alteração é bem-vinda, pois, com isso, evita-se a quebra do sigilo da votação, o que ocorria todas as vezes em que a votação era unânime. Agora, não se saberá mais quando uma votação será unânime, pois, tão logo alcançada a maioria, no sentido da condenação ou da absolvição, o juiz-presidente do tribunal do júri deve encerrar a votação do quesito, com a proclamação do resultado, o que poderá, até mesmo, dependendo do caso, importar na conclusão do julgamento pelos jurados, com a condenação ou absolvição do acusado.

De conformidade com essa nova regra, foi revogado o art. 487 do Ordenamento Processual Penal, o qual determinava que fosse consignado pelo escrivão "... o resultado em termo especial e que (fossem) declarados o número de votos afirmativos e o de negativos." Em seu lugar, o art. 488, caput, do CPP, determina que o escrivão, apenas "... registre no termo a votação de cada quesito, bem como o resultado do julgamento." Ou seja, basta colocar no termo de votação que, por maioria, a resposta do conselho de sentença quanto à pergunta inserta no quesito foi "sim" ou "não". Por exemplo, não deverá constar do termo de votação, como ocorria antes, que foram quatro *votos-sim* contra três *votos-não*. A preocupação aqui, igualmente, é conferir maior garantia ao sigilo da votação, o que é salutar.

Mas não se pode negar que essa regra irá impedir a utilização do argumento, na interposição do recurso de apelação, de que a condenação ou absolvição pela maioria apertada de quatro votos contra três reforça que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos.

5.3.2.9. Sentença

Se quem condena ou absolve o acusado é o conselho de sentença, cabe ao juiz, após encerrada a votação, elaborar a sentença e publicá-la, em plenário, antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento (art. 493 do CPP). Assim como era antes, não há hipótese de sua prolação em dia posterior. Mas o legislador preferiu, agora, deixar essa regra evidenciada. No caso de condenação, deverá o juiz, tendo em consideração a decisão do júri, fazer a dosagem da pena. As circunstâncias agravantes ou atenuantes, que servem, apenas, para quantificar a pena, não são mais objeto de quesitos, conforme foi salientado no item anterior. Cabe ao juiz sobre elas se pronunciar, se e quando forem *alegadas nos debates* (art. 492, I, "b", do CPP). Deve dosar as causas de diminuição ou de aumento da pena admitidas pelo júri e observar o que dispõe o art. 387 do Código de Processo Penal.⁹³⁰

Se o acusado estiver preso, deverá apresentar os fundamentos para a sua manutenção e, se solto, estando presentes os requisitos, decretar, fundamentadamente, a prisão preventiva, aqui se aplicando o que foi exposto nos itens 5.1.9.8.3, 5.1.9.8.3.1 e 5.1.9.8.3.2, supra.

Quanto ao efeito da sentença condenatória proferida em processo da competência do tribunal do júri, a Lei nº 13.964, de 2019, assim como ressaltado no item 5.1.9.8.3, supra, alterou a alínea *e* do art. Inciso I do art. 492 do CPP, a fim de preceituar que, no caso de condenação, tendo sido aplicada pena igual ou superior a 15 (quinze) anos, deverá ser determinada a execução provisória, com a respectiva expedição do mandado de prisão, o que à primeira vista encerra uma antinomia com a previsão normativa estampada no art. 283, caput, igualmente do CPP, com a redação determinada também pelo chamado *Pacote Anticrime*.

De qualquer sorte, em consonância com o exposto no item 5.1.9.8.3, a disposição inserta

⁹³⁰ Cf. itens 5.1.9.8 e 5.1.9.8.1

no art. 492, inciso I, alínea *e*, do CPP, deve ser interpretada como uma exceção à regra geral descrita no art. 283, caput, do CPP, o que encontra justificativa com suporte no princípio da soberania dos veredictos.

Absolutória a sentença⁹³¹, estando o acusado preso, a consequência é a expedição do alvará de soltura, devendo-se observar, aqui, a necessidade de intimar o ofendido, não apenas da sentença, mas, igualmente, da revogação da prisão preventiva. O art. 492, II, alíneas *a*, *b* e *c* do CPP, elenca como efeito da sentença absolutória, a concessão do direito de liberdade, na hipótese de o acusado se encontrar preso, a revogação das medidas restritivas e a imposição, se for o caso, da medida de segurança ambulatorial ou de internação.

5.3.2.10. Protesto por novo júri

O Código de Processo Penal, no Capítulo IV do Título II do Livro III, disciplinava o protesto por novo júri, recurso específico apenas para os julgamentos exarados pelo tribunal do júri, com o qual a defesa, caso fosse aplicada pena de reclusão igual ou superior a vinte anos, podia pedir o reexame da decisão. Tinha como requisito objetivo, assim, a condenação e a aplicação de pena igual ou superior a vinte anos, sendo, por conseguinte, recurso exclusivo da defesa. Tinha como peculiaridade a desnecessidade, sequer, de apresentação das razões do recurso, sendo bastante a demonstração de que a pena fixada na sentença condenatória era igual ou superior a vinte anos, aspecto fático suficiente para não apenas possibilitar o conhecimento do recurso como o seu próprio provimento, tendo como fim a reforma da decisão do júri.

Essa espécie de recurso era oriunda do Código de Processo Criminal de 1832, que possibilitava a interposição do protesto por novo júri quando aplicada pena de morte ou de prisão perpétua, sanções então admitidas em nosso sistema normativo. Em razão dessa origem, criticava-se bastante a subsistência do protesto por novo júri dentre as espécies recursais, pois não eram mais previstas essas penas extremas.

Além do mais, visto que o só fato de a pena aplicada ter sido igual ou superior a vinte anos era suficiente para a admissibilidade e o provimento do recurso de protesto por novo júri, com consequente desconstituição do julgamento anterior, muitos juízes, quando faziam a dosagem da pena, a fim de evitar novo julgamento, fixavam a sanção em dezenove anos e alguns meses. Ou seja, a existência desse recurso findava fazendo com que a definição da pena tivesse como orientação menos a intenção de quantificação da sanção mais adequada do que a de evitar a admissibilidade do protesto por novo júri e a consequente realização de novo julgamento.

Atendendo a insistentes reclamações da doutrina, de juízes e membros do Ministério Público, que há tempos pediam a correção dessa anomalia, a Lei nº 11.689, de 2008, revogou esse Capítulo IV do Título II do Livro III do CPP, que disciplinava o recurso de protesto por novo júri. Havia a sugestão de aproveitá-lo como forma de possibilitar novo pronunciamento do tribunal do júri, nas hipóteses em que a decisão dos jurados fosse por maioria simples de 4 votos a 3, seja em favor da condenação, seja da absolvição. Em verdade, à época em que vigorou o dualismo processual penal, quando os Estados podiam legislar sobre essa matéria, lei estadual paulista admitia o protesto por novo júri quando a condenação se dava por escassa maioria.

Todavia, diante das novas regras para o julgamento pelo tribunal do júri, em que se encerra a votação do quesito tão logo verificada a maioria dos votos no sentido da condenação ou da absolvição, a proposta da subsistência do protesto por novo júri para fins de levar a novo julgamento quando a decisão se dá por maioria simples ficou prejudicada. A revogação do protesto por novo júri, portanto, foi a melhor solução, além de a mais coerente⁹³².

⁹³¹ Cf. item 5.1.9.8.4.

⁹³² Cf. item 5.3.2.8, supra.

6. Liberdade e medidas cautelares

No item 4.2.6 supra foi abordagem sobre o princípio da liberdade, salientando que esse é um dos princípios fundamentais do processo penal. O direito de liberdade se confunde com o direito à vida. Ainda que se entenda que o direito à vida é mais importante, o certo é que a vida, sem liberdade, não tem muito sentido, desde que o mundo é mundo. As lutas dos povos pela afirmação dos direitos inerentes à condição humana são exemplos concretos a esse respeito, assim como é o caso da resistência ucraniana quanto à *autodeterminação* do seu povo comprometida pelas interferências políticas e ditatoriais russas implementadas sob o regime imperialista de Vladimir Putin.

O paradigma constitucional atual sobre o direito de liberdade é substancialmente diferente daquele pinçado na Constituição de 1957, arcabouço jurídico que orientou o CPP de 1941. Por isso mesmo, uma das diretrizes do movimento reformista levado a efeito com a Reforma Tópica alvitrada pela Comissão do Ministério da Justiça foi conferir à prisão processual efetiva natureza cautelar, tratando-a como uma excepcionalidade, além da previsão de outras medidas de ordem pessoal diversas da prisão, conforme pontuado no item 3.2.2.7, supra.

Aprovados 4 (quatro) dos 7 (sete) projetos de lei que cuidaram da reforma tópica do Código de Processo Penal, eis que, após intensos debates, finalmente, mais um deles passou pelo crivo do Congresso Nacional, referente exatamente ao sistema prisional. Com a sanção presidencial veio a lume a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, complementando mais uma etapa da Reforma Tópica do Código de Processo Penal, trazendo uma disciplina referente à prisão processual mais consentânea com o princípio da liberdade, encartado na Constituição⁹³³.

Ou seja, quase três anos depois da entrada em vigor das Leis nºs 11.689, de 9 de junho de 2008 (tribunal do júri), 11.690, de 9 de junho de 2008 (provas) e 11.719, de 20 de junho de 2008 (suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e procedimentos). Sem falar que a Lei nº 10.792, de 28 de novembro de 2003, havia sido aprovada há mais de oito anos.

A Lei nº 12.403, de 2011, portanto, como já foi salientado no início, faz parte do trabalho elaborado pela Comissão de Reforma no sentido de alterar todo o sistema processual penal, por meio da chamada Reforma Tópica, a qual foi apresentada ao Parlamento sob a forma de 7 (sete) projetos de lei. Assim, findaram aprovados 5 (cinco) dos 7 (sete) projetos de lei a respeito da Reforma Tópica, findando pendentes, ainda, os projetos de lei que cuidam da reforma das fases investigatória e recursal. A Reforma Tópica, portanto, apenas parcialmente foi levada a efeito.

Como não haveria de ser diferente, a Lei nº 12.403, de 2011, seguiu as linhas gerais da Reforma Tópica, no afã de adaptar o ordenamento processual aos novos tempos, notadamente às diretrizes de diplomas internacionais e da Constituição de 1988, naquela que, seguramente, era a parte do Código de Processo Penal mais identificada com a sua origem ditatorial e policialesca: a referente ao sistema prisional.

É perceptível a intenção do legislador em traduzir, normativamente, o pensamento firmado pela jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ressaltar a natureza cautelar de toda e qualquer prisão determinada no curso do processo, o que, aliás, já tinha sido ressaltado com a Lei nº 11.719, de 2008, ao acrescentar um parágrafo único ao art. 363⁹³⁴, e a Lei nº 11.689, de 2008, mediante a alteração introduzida no art. § 3º do art. 413⁹³⁵, ambos do Código de Processo Penal.

Talvez esse foco maior em alterar a sistemática prisional estampada no CPP seja a razão

⁹³³ Cf. item 3.2, supra.

⁹³⁴ Cf. item 5.1.9.8.3, supra, que trata da prisão com a decisão condenatória passível de recurso.

⁹³⁵ Cf. item 5.3.1.1.1, supra, que cuida da prisão com a decisão de pronúncia.

para que o legislador-reformador, apesar de introduzir alteração a partir mesmo da nomenclatura emprestada ao Título IX do Livro I do CPP — que era *DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA*, e passou a ser *DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA* — não tenha tratado de todas as espécies de cautelares previstas no Código de Processo Penal.

Isso porque, com a atecnia que caracterizou a edição do Código de Processo Penal⁹³⁶, as medidas cautelares foram tratadas em outras partes pelo legislador que, em rigor, não concebeu propriamente a prisão processual como espécie de medida cautelar. As cautelares, para todos os efeitos, foram inseridas no Capítulo VI do Título VI do Livro I do Código de Processo Penal, nominadas de *medidas assecuratórias*, mais conhecidas como *medidas cautelares reais*.

Ainda assim, nem mesmo todas as cautelares foram ali disciplinadas, pois, além dessas *medidas assecuratórias* (sequestro, hipoteca legal e arresto), há outras medidas, tipicamente cautelares, previstas no CPP, como são os casos da busca e apreensão (arts. 240 a 250), da produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, I) e do depoimento *ad perpetuam rei memoriam* (art. 225), todas medidas plasmadas no Título VII do Livro I, intitulado *DA PROVA*.

O certo era que, em obséquio à divisão científica do sistema processual em *processo de conhecimento, de execução e cautelar*, fosse destinada uma parte específica no CPP (Livro ou Capítulo) para tratar, senão propriamente do processo cautelar, como foi preferido na elaboração do Código de Processo Civil de 1973⁹³⁷, pelo menos de forma harmônica, com o estabelecimento de princípios gerais inerentes a todas as espécies de medidas cautelares, admissíveis no curso da relação processual.

Note-se que o NCPC de 2015, tendo em conta o princípio da simplificação do processo, alterou profundamente o tratamento que era dado às medidas cautelares no CPC de 1973, com a extinção do processo cautelar autônomo e conseqüente unificação do procedimento pelo qual devem ser pleiteadas em juízo.

Não parece, porém, plausível alvitrar eliminar as cautelares preparatórias no ambiente do processo penal, especialmente em relação à prisão temporária ou preventiva. Não se há de esquecer que a prisão temporária, por exemplo, é medida que serve para tutelar exatamente a investigação que ocorre na fase pré-processual, sendo, portanto, por sua própria natureza, sempre uma medida cautelar preparatória.

De outra banda, cabe observar que a alteração promovida no CPP pela Lei 12.403, de 2011, se circunscreveu ao Título IX, que cuida de institutos referentes ao direito de liberdade durante o trâmite processual, ou melhor, de *medidas cautelares pessoais*. A esse respeito, cabe ressaltar, uma vez mais, que, tendo sido o Código de Processo Penal concebido sob a regência da Constituição de 1937, com seu *viés autoritário e policialesco*, cuja finalidade era que servisse de *instrumento de força* para a sedimentação de um regime ditatorial, nada mais natural que essa característica se fizesse presente de forma mais marcante na disciplina do direito de liberdade das pessoas⁹³⁸.

De fato, esse Título IX do Livro I do Código de Processo Penal de 1941, coerente com um *sistema inquisitorial e punitivista* alinhado à Constituição de 1937 de perfil ditatorial, na sua redação originária, dava tratamento extremamente restritivo ao direito de liberdade. O só fato de a pena prevista para o crime ser igual ou superior a dez anos era o bastante para impor, obrigatoriamente, a decretação da prisão preventiva, de modo que o acusado respondia o processo preso⁹³⁹. Essa era a chamada *prisão preventiva obrigatória*.

Se o agente fosse preso em flagrante, sendo o crime inafiançável, isso significava que ele não tinha o direito de responder ao processo em liberdade. Por isso mesmo, verificada a prisão em

⁹³⁶ A esse respeito, cf. itens 3.1 e 3.2.2, em especial

⁹³⁷ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 440..

⁹³⁸ Cf. item 2.2, supra.

⁹³⁹ Na sua redação originária, o art. 312 do CPP assim dispunha: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.

flagrante, salvo na hipótese em que considerada ilegal⁹⁴⁰ ou então houvesse elementos probatórios de que a ação tivesse sido praticada acobertada por uma das excludentes de criminalidade, o direito de liberdade somente era reconhecido quando, não havendo motivo para a decretação da prisão preventiva, o crime fosse afiançável.

Nesse contexto, a detenção em flagrante tinha não apenas a finalidade da captura de quem era surpreendido praticando o ilícito ou logo após ou depois da prática do delito, como igualmente de servir de medida acautelatória⁹⁴¹. O flagrante, por si só, era justificativa para que a pessoa fosse mantida no cárcere.

Ademais, embora a prisão preventiva tivesse natureza cautelar, de modo que para a sua decretação exigia-se, como é próprio das tutelas de urgência, o *fumus boni iuris* ou probabilidade da condenação, que repousa na prova da materialidade do delito ou *corpus delicti* (prova da existência do crime) e da probabilidade da autoria (indícios suficientes da autoria)⁹⁴², além da demonstração da necessidade (manutenção da ordem pública/econômica, conveniência da instrução ou assegurar a aplicação da lei), existia, de outro lado, a *prisão preventiva obrigatória ou compulsória*, decorrente de disposição legal⁹⁴³.

Já o art. 393, inciso I, do CPP, impunha a decretação da prisão como efeito necessário da sentença condenatória ainda que passível de recurso, sendo admissível a obtenção do direito de liberdade apenas se e quando o crime fosse afiançável. Ainda assim, esse dispositivo não foi revogado expressamente pela Lei nº 11.719, de 2008⁹⁴⁴.

No ponto, ao examinar essa questão na 1ª edição deste livro, foi feita a seguinte advertência⁹⁴⁵:

“Não se pense que a circunstância de o legislador da Lei nº 11.719, de 2008, não ter revogado o inciso I do art. 393 do CPP enseja a interpretação de que a prisão, tal como ocorria antes da Lei Fleury, passa a ser efeito inexorável da sentença condenatória. É verdade que o legislador incorreu em lapso quando não determinou a revogação da norma jurídica em destaque. Contudo, além de essa interpretação não se conformar com a ideia das modificações introduzidas no sistema, o parágrafo único do art. 387 do CPP, acrescentado pela Lei em referência, deixa claro que, mesmo no caso de mera manutenção de prisão preventiva, ainda assim, o juiz terá de fazer a necessária fundamentação. Ou seja, se quando da prolação da sentença o acusado estiver preso, o juiz, em caso de condenação, terá de fundamentar a necessidade de sua manutenção”

Colocando a última pá de cal nessa questão, a Lei nº 12.403, de 2011, revogou expressamente o referido dispositivo que, para todos os efeitos, conforme asseverado, havia sido, implicitamente, revogado pela Lei nº 11.729, de 2008.

Por outro lado, quando o acusado já se encontrava preso em razão de prisão preventiva, a condenação tinha como efeito a manutenção do encarceramento, conforme estava expresso no art. 393, I, do Código de Processo Penal. O mesmo se dava quando era o caso da decisão de pronúncia (art. 408, § 1º)⁹⁴⁶. Isso sem falar que, no curso da investigação, era admissível a decretação da *incomunicabilidade* do investigado, com esteio no art. 21, caput e parágrafo único, do CPP, o que

⁹⁴⁰ No caso de ilegalidade, impõe-se o relaxamento da prisão.

⁹⁴¹ Em verdade, o flagrante não se trata, propriamente, de prisão, senão de mera detenção. Essa questão está abordada com mais vagar no item 6.2.4, *infra*.

⁹⁴² A esse respeito, José Frederico Marques, ocupando-se do assunto, ao discorrer sobre o instituto da prisão preventiva tal como ele estava consignado na redação originária do Código de Processo Penal, acentuava que “Existe a prova da existência do crime, quando demonstrada está a prática de fato típico na integralidade de seus elementos” (**Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro**, p. 60), enquanto “... há indícios suficientes de autoria quando o réu é o provável autor do crime.” (*Ibid.*, p. 60).

⁹⁴³ Redação originária do art. 312 do Código de Processo Penal, “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.” Não havia regra similar no Código de Processo Criminal anterior.

⁹⁴⁴ A dicção normativa do art. 393, I, do CPP era a seguinte: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I — ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar a fiança.”

⁹⁴⁵ Reforma tópica do processo penal, 1ª ed., p. 285.

⁹⁴⁶ LEAL, Câmara. **Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro**, p. 68.

concretamente, era mais uma espécie de prisão.

A circunstância de o crime ser afiançável, por conseguinte, era a condição necessária para que a pessoa, nos casos de prisão em flagrante ou decorrente de sentença condenatória recorrível ou de decisão de pronúncia, pudesse responder em liberdade o processo criminal até, pelo menos, o julgamento do eventual recurso de apelação pelo juízo *ad quem*.

Portanto, na expressa maioria dos casos de prisão processual — prisão preventiva obrigatória, prisão decorrente da sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia —, a restrição do direito de liberdade era *compulsória*, não havendo necessidade de o juiz, sequer, expor os motivos de sua determinação.

Essa *cultura da prisão*, professada pelo figurino originário do CPP, teve o condão de tratar a liberdade como exceção, a ponto de denomina-la *provisória*, sendo a prisão a *regra*.

A regra, assim, era que, quanto aos crimes mais graves, previstos na legislação como inafiançáveis, em razão de *medida cautelar/ de segurança* em presunção *júris et de jure*, o acusado respondia, por força da lei, o processo encarcerado. Tinha mais, porém.

O Código de Processo Penal de 1941⁹⁴⁷, previu ainda a prisão administrativa⁹⁴⁸ que era, conforme ensinava Câmara Leal, “... imposta em virtude de lei civil ou administrativa e pela autoridade civil ou administrativa.” Para completar a obra, ainda havia dispositivo no sentido de que, caso o acusado estivesse preso, mesmo sendo a sentença absolutória, a interposição do recurso pelo Ministério Público tinha o condão de suspender os seus efeitos, de modo que ele permanecia encarcerado (art. 596, caput e parágrafo único)⁹⁴⁹.

A regência da matéria era tão rigorosa que, ao longo do tempo, várias intervenções legislativas tópicas promoveram profunda modificação no sistema prisional do CPP. Conquanto a Constituição de 1967, assim como a Carta de 1937, também fosse ditatorial, durante a sua vigência foi promovida substancial reestruturação de todo o sistema prisional na órbita do processo criminal. A guinada na orientação política teve início por obra da Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, que modificou todo o Capítulo II do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, merecendo destaque especial a revogação da inaceitável prisão preventiva obrigatória, o que, para Romeu Pires de Campos Barros, crítico ferrenho da prisão preventiva obrigatória, há de se lamentar, pois essa draconiana forma de medida cautelar, sem embargo da volta à normalidade democrática por obra da edição da Constituição de 1946, somente foi revogada após decorridos 26 anos de sua vigência⁹⁵⁰.

Nada obstante, remanesceu, nessa área, o caráter ditatorial do Código de Processo Penal⁹⁵¹ especialmente quanto à cultura da prisão exalada, na medida em que impunha a prisão do acusado nos processos da competência do tribunal do júri até o seu julgamento em plenário, não permitia a interposição do recurso de apelação em liberdade e, o que era mais absurdo, mesmo nos casos em que a sentença era absolutória, o inculcado, caso interposto recurso pelo Ministério Público, deveria permanecer na prisão, quando a pena máxima prevista para o delito fosse igual ou superior a oito anos, conforme era previsto no art. 596 (“A apelação da sentença absolutória não impedirá

⁹⁴⁷ Os Códigos de Processo Penal do Distrito Federal (arts. 105 e 106), da Bahia (arts. 1.664 e 1.965) e de Santa Catarina (arts. 1.964, 1.965 e 1.966) tratavam da prisão administrativa (LEAL, Câmara. **Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro**, p. 292). Lembra Basileu Garcia, porém, que preceito dessa natureza já constava nos arts. 262, 264 e 265 do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União — Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939 (**Comentários ao Código de Processo Penal**, p. 198-199). Em sua obra, o nobre jurista acrescenta que esse instituto não contém registro no Direito Comparado, o que suscita a ideia que ele tenha sido uma criação da inteligência jurídica nacional (Ibid., p. 199).

⁹⁴⁸ Com a Constituição de 1988, o entendimento dominante foi firmado no sentido de que a prisão administrativa prevista no Código de Processo Penal restou revogada, porém, à míngua de alteração normativa, permaneceu constando do Capítulo IV do IX do CPP. A Lei nº. 12.403, finalmente, revogou, expressamente, a referida modalidade de prisão e, em seu lugar, trouxe, como novidade, as medidas cautelares diversas da prisão, assunto aqui tratado no item 6.3 e seguintes, *infra*.

⁹⁴⁹ Na sua redação originária, o dispositivo estava assim redigido: “Art. 596. A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos. Parágrafo único. A apelação em nenhum caso suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente.”

⁹⁵⁰ **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 178.

⁹⁵¹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 107.

que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime em que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por pena igual ou superior a oito anos”⁹⁵². Esse dispositivo foi alterado pela Lei nº 263, de 1948, mas, ainda assim, persistiu prevendo o efeito suspensivo da sentença absolutória das decisões do tribunal do júri, salvo quando unânime a decisão dos jurados (art. 596, § 2º).

Para modificar essa disciplina inadequada e, assim, revogar as disposições normativas que impunham a exigência de o denunciado se recolher à prisão, mesmo que não houvesse justificativa para tanto, para poder recorrer ou a permanência na prisão mesmo em caso de decisão absolutória, editou-se a Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, também denominada *Lei Fleury*. Essa lei é denominada Fleury em alusão ao Delegado de Polícia do Departamento de Ordem Política e Social – DOPS, Sérgio Fernando Paranhos Fleury, comandante do esquadrão da morte que atuou nos porões da ditadura militar, instaurada a partir de 1964. Alvo de diversas denúncias da execução de presos, para evitar a prisão do então delegado, que seria inexorável diante do que prescrevia o Código de Processo Penal, a solução encontrada foi modificar a lei, criada casuisticamente para beneficiá-lo. Como conta PERCIVAL DE SOUZA⁹⁵³, em recurso ofertado pelo Ministério Público de decisão de impronúncia, o então Desembargador da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo ANTÔNIO ALVES BRAGA, desassombradamente, votou pela reforma da decisão de primeira instância, pronunciando o Delegado Sérgio Fleury pela prática de homicídio, com conseqüente determinação de sua prisão (a pronúncia tinha o condão de impor a prisão do acusado), no que foi acompanhado por seus pares.

Ao tempo em que se tentou modificar o acórdão por meio de recurso perante o Supremo Tribunal Federal, o Governo encaminhou à Câmara Federal projeto de lei, a fim de modificar as regras do processo e, com isso, beneficiar o Delegado Fleury. Relata Percival de Souza que, “... em recordista velocidade legislativa”, o projeto se transformou na Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973, segundo a qual os réus considerados *primários* e portadores de *bons antecedentes* não mais seriam automaticamente presos com a sentença condenatória passível de recurso ou com a decisão de pronúncia⁹⁵⁴. O interessante é que a decisão do Tribunal de Justiça foi dada em 22 de outubro de 1973 e, logo um mês após, estava em vigor a Lei Fleury. *O tempo exíguo para uma providência dessa envergadura*, anota Percival de Souza⁹⁵⁵, “... soou como uma advertência. Fleury e o Sistema que encarnava eram capazes de fazer o que entendesse fosse preciso em qualquer esfera de poder. O cano das armas era mais poderoso, e que não se tivesse nenhuma dúvida a respeito, do que qualquer toga. Que todos saibam, que todos percebam, que todos compreendam quem é o poderosíssimo doutor Fleury”.

Sem embargo de a lei em referência ter sido editada com o claro propósito de beneficiar o então todo-poderoso Delegado do DOPS paulista, Sérgio Fleury, não se pode negar que representou um notável avanço na nossa legislação processual, porquanto, a partir daí, mesmo quando a sentença fosse condenatória, antes de seu trânsito em julgado, se não fosse o caso de decretação da prisão preventiva, para que a pessoa fosse levada à prisão, haveria a necessidade de demonstrar-se, no pronunciamento judicial, que o acusado não tinha bons antecedentes ou que ele não era mais primário⁹⁵⁶.

Com efeito, ao modificar as redações dos arts. 408, § 2º, e 594, caput, do Código de Processo Penal, a Lei nº 5.941, de 1973, estabeleceu-se que, em caso de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória passível de recurso, a prisão somente haveria de ser decretada nas hipóteses em que o acusado fosse considerado de maus antecedentes ou *for reincidente*. A regra, que era da prisão processual obrigatória quando fosse dada a pronúncia ou fosse o acusado

⁹⁵² REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 107.

⁹⁵³ **Autópsia do medo**: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury. São Paulo: Globo, 2000. p. 319.

⁹⁵⁴ **Autópsia do medo**: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury, p. 319.

⁹⁵⁵ Ibid.

⁹⁵⁶ Cf. SIQUEIRA, Geraldo Batista de. **Processo penal**: comentários à lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973. Bauru: Editora Jalovi Ltda., 1980.

condenado, deu lugar a outra diametralmente oposta, que privilegiava o direito de liberdade mesmo nesses casos, o que só não deveria ser observado se houvesse demonstração de que o acusado possuía maus antecedentes ou era reincidente. Complementando a obra, a lei em referência revogou o então § 2º do art. 596, ficando como ressalva ao caput do dispositivo em referência (“A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade”) apenas a consideração de que a apelação, mesmo no caso de decisão absolutória, não teria o condão de suspender a execução imediata da medida de segurança aplicada provisoriamente.

Nada obstante, uma outra modificação significativa quanto ao sistema prisional do Código de Processo Penal ainda estava por vir. De fato, a alteração fundamental do instituto da prisão processual se materializou com o enxerto do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal⁹⁵⁷, operada pela vinda a lume da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Essa alteração no Código de Processo Penal teve considerável repercussão no tratamento da matéria, pois a partir daí o instituto do flagrante delicto perdeu a grande importância que detinha, ao passo que todo o tratamento dispensado à fiança, em sua parte mais significativa, por força dessa modificação, foi derogado.

Note-se que, consoante a disciplina inicial do Código de Processo Penal, quando a pessoa era detida em flagrante, caso o crime não fosse afiançável, de regra, ela, independentemente de presentes, ou não, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva estampados no art. 312 do referido diploma legal, respondia todo o processo recolhida ao cárcere. O juiz, ao tomar conhecimento do flagrante, tinha o compromisso, apenas, de examinar a legalidade da medida, caso em que, atendida a formalidade estabelecida no Código de Processo Penal, deveria mantê-la, mediante simples *decisão homologatória*. Salvo quando se tratasse de crime afiançável ou do qual o preso se livrasse solto, ordinariamente, não havia a possibilidade de conceder-se a liberdade provisória. Em outras palavras, sendo inafiançável o crime ou dele não se livrando solto o acusado, de regra, não havia a previsão de concessão da liberdade provisória pelo juiz. Nesse caso, quando muito, o juiz poderia decretar o relaxamento da prisão, o que pressupunha, e ainda hoje pressupõe, a existência de vício de ilegalidade na forma como se deu a detenção em flagrante.

Exatamente para obviar esse tratamento severo, o art. 310 do CPP, ainda em sua redação original, excepcionava essa regra, nos casos em que o juiz, ao analisar o auto de flagrante, identificasse situação em que o ato tido como ilícito pudesse ter sido praticado com base em uma das excludentes de criminalidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

Malgrado a constatação da crescente criminalidade, o Executivo, atendendo a insistentes reclamações da doutrina, acertadamente, resolveu modificar a legislação processual, tendo em mira diminuir as hipóteses de encarceramento, de modo a reservar a prisão processual apenas para os casos em que ela fosse de imperiosa necessidade. No escopo de abrandar essa disciplina e reformular a política legislativa então vigente, por meio da Lei nº 6.416, de 1977, o legislador inseriu um parágrafo único ao art. 310 do CPP, a fim de deixar expresso que, em todos os casos de prisão em flagrante, ao receber a devida comunicação, o juiz, caso não sentisse a presença de nenhum dos fundamentos que autorizavam a decretação da prisão preventiva, deveria, depois de ouvir o Ministério Público, conceder, independentemente de pagamento da fiança, a liberdade provisória ao preso.

A ideia, confessada na exposição de motivos da Lei nº 6.416, de 1977, era reduzir, seguindo a orientação doutrinária moderna, a prisão processual apenas para os casos em que fosse demonstrada a sua necessidade⁹⁵⁸, daí por que, com a nova lei em referência, a prisão provisória

⁹⁵⁷ O conteúdo dessa do art. 310 foi modificado pela Lei nº 12.403, de 2011, restando mais claro, ainda, que a prisão/detenção em flagrante, por si só, não é motivo para que a pessoa fique encarcerado, devendo o magistrado, de qualquer sorte, em decisão fundamentada, dizer se é hipótese, ou não, de conversão (decretação em) prisão preventiva, consoante o disposto no art. 312 do CPP, isso se não for *adequada e suficiente* a imposição de medida cautelar diversa da prisão (art. 310, II, do CPP). Cf. itens 9.6.5.2 e 9.6.5.2.1, *infra*.

⁹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A nova lei processual penal**: comentários à lei 6.416, de 24 de maio de 1977. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 125.

em geral foi “... reduzida ao mínimo indispensável à garantia dos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública”⁹⁵⁹.

Com isso, a legalidade da prisão em flagrante deixou de ser fundamento para a manutenção da pessoa no cárcere, servindo propriamente apenas para validade da *captura* de quem era pego no momento da prática do ilícito. Daí em diante, o flagrante passou a ter apenas *natureza de detenção*, deixando de ser uma das espécies de prisão provisória. O flagrante em si deixou de ser motivo para que a pessoa permanecesse na prisão, pois, ao receber o auto de prisão em flagrante, passou a ser dever do juiz examinar não só a legalidade da medida, que era o que bastava anteriormente, como ainda analisar se havia algum dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Não cabia mais *homologar* o flagrante, mas, sim, para todos os efeitos, decretar, se fosse o caso, a prisão preventiva ou, então, a *contrario sensu*, conceder a liberdade provisória.

Em comentário a essa modificação promovida pela Lei nº 6.416, de 1977, Ada Pellegrini⁹⁶⁰, ao esclarecer que a introdução do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal teve o condão de ampliar a possibilidade de concessão da liberdade provisória, no sentido de autorizá-la nos casos de flagrante quando, na hipótese, não houvesse motivo para a decretação da prisão preventiva, arremata que, com esse novo tratamento dispensado ao assunto, haveria, igualmente, a determinação de

... liberdade provisória, também no flagrante, sem necessidade de fiança, e mediante termo de comparecimento, quando: a) não houver prova de existência do crime (*rectius*, do fato criminoso em sua materialidade) e indícios (ou melhor, probabilidade) suficientes da autoria; b) não houver necessidade da prisão para garantir a ordem pública, a instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal⁹⁶¹.

Com essas considerações, Ada Pellegrini ressaltava que a prisão, mesmo aquela decorrente de flagrante delito, tinha natureza acautelatória, de modo que, para a sua subsistência, havia a necessidade de que demonstrada a necessidade do encarceramento, que é elemento dessa espécie de medida de urgência. Anote-se, ainda, que, posteriormente, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, introduziu, como mais um fundamento para a decretação da prisão preventiva, a hipótese em que houver necessidade de garantia da ordem econômica, que ainda permaneceu no caput do art. 312 do CPP, mesmo com as novas redações emprestadas pela Lei nº 12.403, de 2011 e Lei nº 13.964, de 2019.

Assim, com esse novo tratamento dado à matéria pela legislação de regência, estabeleceu-se, de forma definitiva, que a prisão processual, fosse decorrente de prisão preventiva ou de flagrante, possui caráter eminentemente acautelatório, de modo que, doravante, toda e qualquer limitação do direito de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, à exceção da prisão decorrente da sentença condenatória recorrível e da decisão de pronúncia⁹⁶², passou a exigir decisão fundamentada da autoridade judicial, com esteio nos requisitos estampados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Por fim, essa alteração legislativa operou significativa mutação para a fiança. Consoante aqui foi dito linhas atrás, na principiologia inicial do Código de Processo Penal, a fiança tinha uma função fundamental no sistema, pois ela servia para excepcionar os casos em que, nada obstante a pessoa tivesse sido detida em flagrante ou tivesse sua prisão decretada em virtude de sentença

⁹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A nova lei processual penal**: comentários à lei 6.416, de 24 de maio de 1977, p. 126.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 136.

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² Nesses dois casos, então previstos nos arts. 408, §2º, e 594 e ambos do CPP, para a decretação da prisão, não havia necessidade de satisfação dos requisitos estampados no art. 312 do Código de Processo Penal, mas apenas que o acusado não fosse primário ou não possuísse bons antecedentes. O §2º do art. 408, foi revogado pela 11.689, de 2008, enquanto o art. pela Lei nº 11.719, de 2008. Com a nova sistemática, o juiz pode decretar a prisão com a sentença ou com a decisão de pronúncia, mas, em ambos os casos, tem de ser com suporte em um dos fundamentos do art. 312, caput, do CPP, tal como consta do art. 413, § 3º, do CPP (redação determinada pela Lei nº 11.689, de 2008), e art. 387, §1º, do CPP (incluído pela Lei nº 12.726, de 2012).

condenatória passível de recurso ou de decisão de pronúncia, ela pudesse obter a liberdade provisória e, assim, responder o processo em liberdade, enquanto não houvesse o trânsito em julgado. Isso porque, se ocorrida a prisão, fosse ela em flagrante ou emanada de ordem do juiz – prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória ou pronúncia –, salvo na hipótese em que ela contivesse ilegalidade de ordem formal, a liberdade provisória somente era admissível se o crime fosse afiançável⁹⁶³.

Dessa maneira, no caso de flagrante delito, era de primordial importância saber se o crime era, ou não, afiançável. Se inafiançável, a pessoa não tinha o direito de obter a liberdade provisória. Quando muito, ela poderia obter, mediante o relaxamento da prisão, a liberdade pelo fato de ter ocorrido alguma ilegalidade na sua captura. Se afiançável o crime, desde que fosse pago o valor arbitrado pelo juiz ou pelo delegado de polícia (este apenas nos casos de crimes com pena de detenção), o agente tinha o direito de ser posto em liberdade e responder, nessa condição, o inquérito e o futuro processo.

Por isso mesmo, a fiança era estabelecida apenas para os crimes menos graves – além de outros requisitos, quando a pena mínima cominada não fosse superior a dois anos (art. 323, I, do CPP). Repita-se, a regra era de que, ocorrida a detenção em flagrante, não fosse a hipótese de relaxamento da prisão, o agente somente poderia obter a liberdade por meio do pagamento da fiança. Assim, a circunstância de o crime ser afiançável ou não tinha sobremaneira relevância para definir sobre o direito de liberdade do agente. Com a disciplina de então, sendo a prisão em flagrante legal, para ter o direito à liberdade provisória, a pessoa precisava, em princípio, satisfazer dois requisitos: (1) ser o crime afiançável e, evidentemente pagar o valor estabelecido; (2) não haver motivo para a decretação da prisão preventiva (art. 324, IV, do CPP).

Acontece que tudo se modificou a partir do enxerto do parágrafo único ao art. 310 do Ordenamento Processual Penal, por obra da Lei nº 6.416, de 1977. Daí em diante, o agente detido em flagrante delito, para ter o direito à liberdade provisória, deixou de depender da eventualidade de o crime ser afiançável. Com efeito, desde a referida modificação, para que o agente detido em flagrante adquirisse o direito à liberdade provisória passou a ser suficiente a circunstância de não haver nenhum dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva (art. 312, parágrafo único, do CPP). Por conseguinte, fosse o crime afiançável ou inafiançável, em compasso com a orientação estampada no então parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal, desde que não houvesse nenhum dos motivos para a decretação da prisão preventiva, o juiz deveria conceder a liberdade provisória.

Em outras palavras, isso implica dizer que, mesmo nos crimes mais graves, passou a ser possível a concessão da liberdade provisória, ainda quando ocorresse o flagrante, independentemente do pagamento de qualquer quantia em dinheiro. Isto é, daí em diante, independentemente do tipo de crime, para se ter o direito à liberdade provisória a única exigência passou a ser que não estivesse presente nenhum dos fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Se o nosso sistema prisional foi alterado, a fim de estabelecer o direito de liberdade como regra, mesmo nos casos em que a pessoa fosse detida em flagrante delito, percebe-se facilmente que, desde então, não se podia mais exigir o prévio pagamento a título de fiança como condição para que a pessoa tivesse o direito de ficar em liberdade provisória. Se assim fosse, isso faria com que fosse conferido tratamento mais rigoroso para os que praticassem crimes menos graves, que são justamente os ilícitos afiançáveis.

Ora, se o crime fosse inafiançável, por conseguinte, delito mais grave, para que o agente, quando preso em flagrante, tivesse o direito de ser colocado em liberdade, bastava não existir nenhum dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva. Como, então, se poderia exigir, nos crimes afiançáveis, que são os menos graves, como condição para o direito de liberdade, o

⁹⁶³ Afora os casos em que o acusado se livrava solto, o que ocorria quando para o crime não era prevista pena privativa de liberdade ou, quando prevista, o máximo da pena em abstrato não superava 3 (três) meses (art. 321, I e II, do CPP, revogados pela Lei nº 12.403, de 2011).

prévio pagamento da fiança, além de não haver motivo para a decretação da prisão preventiva? Evidentemente que aquele que praticava crime menos grave não poderia ser tratado de forma mais severa pelo ordenamento jurídico. Trata-se de uma questão de lógica e, acima de tudo, racionalidade.

A solução viável para a questão, no nosso entendimento, era emprestar interpretação sistêmica, no sentido de concluir que a fiança, como condição para a obtenção da liberdade provisória em caso de flagrante delito, encontrava-se revogada. Isso porque, como visto, se a fiança fosse aplicada tal como plasmado na disposição literal da norma, isso teria o condão de conferir tratamento mais rigoroso àqueles que cometessem crime mais brando, o que é, em termos lógicos, impensável e inadmissível.

Não seria correto efetuar a prisão em crime afiançável e, sem que houvesse qualquer um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, após a lavratura do auto de flagrante, *incontinenti*, e não se cuidar de liberar o agente, independentemente do pagamento de fiança. Ora, se fosse qualquer outro ilícito mais grave – por isso mesmo considerado pela lei inafiançável –, nada obstante efetuada a prisão em flagrante, o agente, não sendo caso de prisão preventiva, teria o direito de liberdade provisória mesmo sem o pagamento de fiança. Exigir para os crimes menos graves o pagamento da fiança para se ter reconhecido o direito de liberdade passou a ser um contrassenso.

Sem embargo das muitas e profundas mudanças, o sistema prisional do CPP, ademais de desarticulado, permaneceu ainda com um grave e irremediável defeito. Embora o ordenamento jurídico brasileiro, a partir de 1998, tenha incorporado diversas alternativas à pena de prisão, não tinha sido promovida, ainda, a incorporação dessas medidas substitutivas quanto à prisão preventiva. O que o legislador infraconstitucional providenciou foi a criação de outra espécie de medida cautelar prisional, denominada *prisão temporária*, cuja intenção, confessada na própria exposição de motivos da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, era suprir a lacuna deixada pela revogação, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, da *incomunicabilidade* prevista no art. 21, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal, em virtude do art. 136, §3º, IV, da Constituição⁹⁶⁴.

Nessa parte, reafirmou-se, apenas, a lógica anterior: *ou o tudo, a prisão, ou o nada, a liberdade*⁹⁶⁵. Em certa medida, essa postura revela aquilo que se pode denominar *cultura da prisão*. Não havia solução intermediária. Muitas vezes, à falta de alternativa, o juiz decretava a prisão, enquanto, em outras, exatamente por isso, tendo em conta ser excessivo o envio para o cárcere, o juiz não aplicava nenhuma medida. Com isso, de um lado, tínhamos prisões processuais demais e desnecessárias e, de outro, devido à falta de medidas menos drásticas do que a prisão, casos em que o juiz findava sem fazer qualquer restrição ao direito de liberdade.

Essa *lógica* foi desconstruída com a Lei nº 12.403, de 2012, que finalmente incluiu no Código de Processo Penal alternativas à prisão processual. As novas espécies de medidas cautelares de ordem pessoal diversas da prisão seguem a tendência moderna de contornar a morosidade na resolução definitiva das questões por meio do processo com medidas que sirvam, sem que necessário se utilizar da prisão.

Não foi propriamente nenhuma novidade em nosso sistema, pois várias medidas alternativas, com a denominação de *medidas protetivas de urgência*, já haviam sido introduzidas pela Lei nº 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha). A bem da verdade, algumas medidas diversas da prisão ingressaram em nosso sistema criminal há bastante tempo, pelo Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e pela Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (Estatuto da

⁹⁶⁴ Cf. item 6.2.6, *infra*.

⁹⁶⁵ Dependendo da perspectiva com que seja examinada a questão, a parêmia pode ser diferente: ou o tudo, a liberdade, ou o nada, a prisão. Com certeza, para o agente, a liberdade é o tudo. Ou melhor, para um sistema democrático, preocupado com a tutela dos direitos fundamentais, dentre eles o direito de liberdade, a liberdade não pode ser considerada o nada, mas o tudo. Portanto, quando aqui for feita referência a essa parêmia, será, apenas, como retórica, para explicar como era o sistema jurídico sob uma determinada perspectiva, sem comprometimento algum com a linha de pensamento que possa estar nela embutida.

Magistratura), que preveem o afastamento do exercício de função pública.

Essa nova postura legislativa representa a materialização daquilo que se convencionou denominar, entre os processualistas civis, fenômeno da *cautelarização*. Se no ambiente cível essa moderação do ônus do tempo do processo entre autor e réu, por meio da previsão de mecanismos de antecipação de alguns efeitos somente possíveis, de regra, com a decisão final, recebe severas ressalvas, na seara criminal, que lida com a liberdade e a honra do acusado, a questão se torna sobremaneira delicada.

Porém, não há de deixar de reconhecer que, mesmo no campo criminal, embora possa trazer algumas consequências negativas para a sociedade, a *cautelarização*, mediante a previsão de medidas alternativas à prisão é iniciativa que merece aplauso, notadamente no cenário nacional, que, nessa área, era inflexível, pois, *como se disse, ou era o tudo, a prisão, ou o nada, a liberdade*.

O propósito de inserir outras medidas cautelares como alternativas à prisão processual fica bem claro a partir da modificação da rubrica do Título IX do Livro I do CPP que era *DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA* para *DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA*. Aqui está reservada a primeira crítica. Como se verá, a prisão, conquanto não seja mais a única medida cautelar, passa a ser subsidiária⁹⁶⁶, ou seja, só há de ser aplicada quando não for adequada e suficiente a imposição de nenhuma das outras medidas admissíveis.

Se a prisão é uma das espécies de medida cautelar, representa, no mínimo, atecnia colocar, na rubrica do Título IX do Livro I, a expressão *DA PRISÃO*. Bastava, portanto, falar *DAS MEDIDAS CAUTELARES*. Da forma como ficou, parece até que a prisão não é uma das modalidades de medida cautelar. Conferiu-se um desnecessário realce ao instituto da prisão como medida cautelar, a indicar ainda um resquício da cultura que se quer desconstruir, denominada *cultura da prisão*.⁹⁶⁷

Fica claro que, sobre ser desnecessário ter colocado a expressão *DA PRISÃO*, muito menos deveria esta ter precedido à expressão *DAS MEDIDAS CAUTELARES*. Ora, aquela, ademais de ser uma das espécies destas, possui caráter subsidiário, só devendo ser imposta quando nenhuma das medidas cautelares diversas se mostrar *adequada e suficiente* para satisfazer um dos fundamentos do art. 282, I, do CPP.

Quanto à nomenclatura *DA PRISÃO*, que consta do título em referência, cabe verificar que ela é pertinente a todo e qualquer tipo de prisão processual, inclusive à temporária, salvo quanto ao que dispõe em contrário norma específica insculpida na Lei n° 7.960, de 1989. Por conseguinte, o Código de Processo Penal contém as regras gerais sobre as medidas cautelares pessoais, detentivas, ou não, contempladas nas leis especiais⁹⁶⁸.

Sem embargo do que foi salientado acima, em um sistema que se pauta pela regra da liberdade, não parece adequado que na nomenclatura do Título IX do Livro I, a expressão *LIBERDADE PROVISÓRIA* seja a última, como se ela fosse a exceção.

Essa terminologia utilizada pelo legislador de 1941 certamente se deu pelo fato de a liberdade no curso do processo ter sido tratada como uma exceção. De fato, em razão de a prisão no curso do processo ser o mais comum, animou Frederico Marques a dizer que a liberdade era uma espécie de *medida cautelar em prol do réu*⁹⁶⁹. Ele via a liberdade provisória como uma medida de *contra-cautela* admissível apenas “... para evitar danos ao *status libertatis*, em caso de prisão

⁹⁶⁶ Cf. item 6.1.5, *infra*, que aborda o princípio da subsidiariedade da prisão preventiva com a nova disciplina instaurada pela Lei 12.403, de 2011.

⁹⁶⁷ Denominamos cultura da prisão o pensamento de que, tendo o agente praticado o crime, a solução alvitrada, na qualidade de medida cautelar ou de solução definitiva do processo, é a prisão, como a única forma de se fazer justiça. O maior sentimento de impunidade está diretamente ligado a essa cultura da prisão, especialmente quando se trata, a juízo do crítico que examina o cotidiano, de crimes mais graves.

⁹⁶⁸ Inclusive, em razão da Lei n° 12.403, de 2011, pela primeira vez, o Código de Processo Penal se refere à prisão temporária como uma das espécies de prisão processual (art. 283, caput).

⁹⁶⁹ Elementos de direito processual penal, v. 4, p. 128.

cautelar”.⁹⁷⁰

Certamente que essa forma de ver as coisas influenciou o legislador a usar a expressão *liberdade provisória*, pois, a ideia punitivista aliada ao fato de em regra o acusado responder o processo *preso*, implicava na consideração de que a liberdade era meramente *provisória*, sendo o encarceramento só uma questão de tempo.

E cabe observar que a expressão *liberdade provisória* é incompatível com uma ordem constitucional edificada sob os auspícios da vedação da *pena de caráter perpétuo* (art. 5º, XLVII, b, da Constituição). Veja-se, não se torna defesa apenas a prisão perpétua, mas a prisão que, devido ao seu tempo de duração, seja considerada de *caráter perpétuo*.

No entanto, paradoxalmente, o próprio constituinte de 1988, ao tempo em que vedou a prisão de caráter perpétuo, de outra banda, mantendo a nossa tradição constitucional, assegurou, no inciso LXVI, o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança.

A incongruência da nomenclatura liberdade provisória com a vedação da prisão de caráter perpétuo é evidente. Ora, a prisão, mesmo aquela decorrente de condenação transitada em julgado, devido a expressa previsão constitucional, não pode ter caráter perpétuo, sendo necessária a limitação de sua duração.

Por conseguinte, toda e qualquer prisão, a qualquer título que seja, não pode, sequer, possuir caráter perpétuo, daí por que, sob esse ângulo de visão, a privação do direito de liberdade é sempre provisória. A liberdade é que seria permanente, admitindo-se, todavia, a sua supressão por determinado lapso temporal que não tenha caráter perpétuo⁹⁷¹.

Dessa forma, *provisória* é, isso sim, a *prisão*, não a *liberdade*. Com certeza, o legislador manteve a nomenclatura em razão da previsão constitucional, ademais de, possivelmente, ter levado em consideração que a expressão liberdade provisória possui significado técnico-processual em nosso sistema, que se contrapõe ao direito de liberdade propriamente dito, pois se refere à situação processual do acusado que, tendo sido preso, em decorrência de flagrante ou prisão provisória, obtém, por decisão judicial, o direito de recuperar a liberdade. Não sem razão quando se fala em liberdade provisória a premissa é de que a pessoa estava detida ou presa, detenção ou prisão essa considerada válida⁹⁷².

A provisoriedade do direito de liberdade, por conseguinte, quer dizer mais com a precariedade como era concebida a soltura do agente, em virtude da possibilidade de que, logo depois, viesse a ser determinada, durante o curso, outra ordem de prisão, não raro, em razão da sentença condenatória.

Apesar de não ter corrigido essa anomalia, a Lei nº 12.403, de 2011, trouxe avanços significativos em relação às medidas cautelares de ordem pessoal, prevendo alternativas à prisão. Ademais disso, tendo em conta o sistema acusatório, vedou a decretação da prisão de ofício, na fase da investigação e, malgrado não tenha estabelecido um prazo limite para a prisão preventiva, estabeleceu a necessidade de sua revisão quando proferida a sentença condenatória.

O Presidente Jair Bolsonaro foi eleito em 2017, com o discurso de enrijecer a legislação criminal. Para tanto, logo após a sua posse, o então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, elaborou aquilo que denominou *Pacote Anticrime* e enviou para o Congresso Nacional, aprovado com alterações pela Lei nº 13.964, de 2019.

No que pertine à prisão processual, conquanto a proposta encaminhada pelo governo federal pelas mãos do então Ministro Sergio Moro tenha sido fomentada pela ideia de endurecer

⁹⁷⁰ Ibid., p. 129. Em outras palavras, o que o renomado doutrinador queria dizer era que a liberdade provisória tem como pressuposto, antes de mais nada, a ocorrência de uma prisão válida do acusado. A liberdade provisória, por conseguinte, seria a contracautela que tem o condão de dar à pessoa o direito de retornar ao seu estado de liberdade. Quando a prisão é ilegal, o que o acusado tem direito é ao relaxamento da prisão, e não propriamente à liberdade provisória. Essa distinção, na época, era importante, uma vez que em se tratando de crime inafiançável ou para o qual prevista a prisão preventiva obrigatória, conquanto a pessoa não tivesse o direito à liberdade provisória, poderia, na hipótese de a prisão ter sido processada de forma ilegal, recuperar a liberdade, por meio do pedido de relaxamento da prisão.

⁹⁷¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 898.

⁹⁷² Se inválida a prisão, o caso é de relaxamento.

as regras, no Parlamento, durante os debates, foram inseridas diversas modificações de cunho garantista, a ponto de se dizer, com razão, que o referido diploma legal padece de *dupla personalidade*, refletindo um comportamento normativo *bipolar*. De forma elegante, escreve Rogério Schietti: trata-se de uma *lei sem identidade*⁹⁷³.

Para todos os efeitos, o chamado *Pacote Anticrime* ou *Lei Anticrime* ofereceu inovações quanto ao sistema prisional processual que merecem elogios, a saber: (a) vedou a decretação de medidas cautelares de ofício mesmo na fase do processo, negando, assim, pelo menos nesse âmbito, o poder geral de cautela do juiz; (b) determinou a necessidade da *prorrogação* (na fase da investigação) e da *renovação* (na fase do processo) da prisão preventiva; (c) delimitou aspectos importantes sobre a fundamentação da decretação da prisão preventiva; (d) disciplinou a audiência de apresentação (custódia); e (e) reforçou a subsidiariedade da prisão, devendo o juiz, no limite, quando presentes os fundamentos para a medida cautelar de ordem pessoal, conferir preferência às medidas cautelares diversas.

6.1. Princípios e regras gerais aplicáveis às medidas cautelares pessoais detentivas ou diversas da prisão

Um sistema jurídico de perfil democrático, elaborado em consonância com os direitos fundamentais, possui como esteio a garantia da liberdade, bem jurídico com grau de importância similar ao direito à vida. Se o direito à vida é o maior dos direitos, decerto a vida, sem liberdade, não tem muito sentido. O *liberalismo*, pregado pelos iluministas, renovado, com cores mais densas e em sintonia com o mundo contemporâneo, pelo Estado Democrático de Direito (Constitucional), coloca o direito de liberdade como um dos eixos principais sobre o qual deve gravitar o sistema jurídico⁹⁷⁴.

Nessa perspectiva, o direito criminal deve ser *mínimo*, de modo que a ele só devem interessar os assuntos para os quais os demais ramos do direito não contemplam resposta suficiente para coibir e sancionar a conduta antissocial. A par de mínimo, a solução alvitada por esse ramo do direito precisa ter em mira, dentre as suas finalidades, a *erradicação da marginalização* (art. 3º, III, da Constituição)⁹⁷⁵, de modo que, tanto quanto possível, a resolução do *problema penal* deve ser perquirida tendo como instrumento a *negociação*, sem a aplicação de pena propriamente dita, mediante a sua substituição por *medida alternativa*, ou então, mesmo quando seja o caso de impor-se a sanção, preferir-se a *pena restritiva* de direitos à privação do direito de liberdade⁹⁷⁶.

Essa política criminal, inerente ao sistema democrático arquitetado sob a plataforma dos direitos fundamentais, tem especial repercussão na concepção do instituto da prisão como medida processual a ser adotada durante o trâmite do processo, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Ademais, se, em princípio, como consequência da cláusula universal da *presunção*

⁹⁷³ Rogério Schietti observa que, a despeito de a *Lei Anticrime* ter sido motivada pelo interesse do Executivo de enrijecer a legislação criminal, mercê de alterações promovidas no Parlamento, restou promulgada uma “lei sem identidade, carente de sistematização, com contradições internas e equívocos de redação...” (**Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 349).

⁹⁷⁴ Lorca Navarrete, comentando a exposição de motivos da Lei Orgânica da Espanha nº 6, de 24 de maio (disciplina o procedimento do habeas corpus), revela que nela se afirma que a Constituição espanhola configura um ordenamento jurídico “... cuya pretensión máxima es la garantía de la libertad de los ciudadanos, y ello hasta el punto de que la libertad queda instituida, por obra de la propia Constitución, como un valor superior del ordenamiento.” (**Derechos fundamentales y jurisprudencia**. Madrid: Ediciones Pirâmide, 1999. p. 77).

⁹⁷⁵ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, **Curso de processo penal**: teoria (constitucional) do processo penal., p. 403-407.

⁹⁷⁶ Deve-se fazer a distinção entre medidas alternativas propriamente ditas ou medidas restritivas e penas alternativas. Em verdade, há as medidas alternativas que são o gênero, das quais decorrem as espécies (1) medidas alternativas propriamente ditas ou medidas restritivas e (2) penas alternativas. Medidas alternativas propriamente ditas ou medidas restritivas são aquelas que impõem a solução do processo sem reconhecimento da culpa e sem a aplicação de pena, como se verifica nos casos em que ocorre transação penal ou suspensão condicional do processo, enquanto a pena alternativa pressupõe a condenação do acusado, com a substituição, porém, da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. (Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, **Curso de processo penal**: teoria (constitucional) do processo penal, p. 430-36).

de não culpabilidade, ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado, tem-se que, em rigor, não parece razoável que a pessoa seja mandada para o cárcere, antes de concluído em definitivo o processo, a não ser quando essa providência se mostra absolutamente necessária. A liberdade é um direito fundamental que, consoante assinalado, confunde-se, em certa medida, com o próprio direito à vida.

No ponto, cabe aqui relembrar a distinção dogmática entre os princípios da presunção de inocência e de não culpabilidade. Esses dois princípios são espécies do princípio da presunção de inocência. A presunção de inocência *stricto sensu* quer dizer que ninguém pode ser apontado como possível autor de um crime, ainda que em investigação pré-processual, sem que se tenha uma culpa sumária formada, que está consubstanciada na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria. Esses indícios de autoria, que são suficientes para flexibilizar o princípio da presunção de inocência em sentido estrito, precisam ser bastantes apenas para indicar a possibilidade de que o agente efetivamente tenha sido o ou um dos responsáveis pelo ilícito. Trata-se de indícios de autoria capazes de evidenciar mera *possibilidade*, pois, nessa situação, o princípio da presunção de inocência está sendo flexibilizado concretamente apenas quanto à inviolabilidade da honra e da imagem.

No entanto, quando além de apontar alguém como o responsável pela prática do crime se pretende a prisão processual de alguém, a questão ganha colorido diferente. Até porque a prisão, ainda quando determinada como medida acautelatória, seja ela como *temporária ou preventiva*, tem o condão não apenas de arranhar, de forma severa, o preceito constitucional que assegura a inviolabilidade da honra e da imagem, como ainda cercear o direito de liberdade. A par de essa observância revelar que a prisão processual deve ser utilizada *cum grano salis*, em rigor, apenas em situações excepcionais, denota que, nesse caso, o princípio da presunção de inocência é flexibilizado tanto quanto à inviolabilidade da honra e da imagem como em relação ao direito de liberdade. Por isso mesmo, com sobradas razões, o legislador, no art. 313, na qualidade de requisito, fala em *indício suficiente*. Ou seja, exige um *indício qualificado*, o que, em doutrina quer dizer que se reclama mais do que uma *probabilidade*, sendo necessário que se tenha uma *probabilidade concreta* de que a pessoa efetivamente tenha sido responsável pelo crime em apuração.

Tendo em consideração essas observações, note-se que, a Lei nº 12.403, de 2011, sem embargo da prisão preventiva e da prisão temporária, previu outras medidas cautelares alternativas, razão pela qual teve o cuidado de expor regras gerais que lhe são aplicáveis, a fim de orientar o intérprete e deixar clara a política legislativa adotada. Agora, ao lado da prisão preventiva e da temporária, há nove medidas cautelares diversas, quais sejam (art. 319, incisos I a IX):

- (1) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- (2) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado 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 permanecer distante;
- (4) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- (5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- (6) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- (7) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- (8) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- (9) monitoração eletrônica.

Ressalte-se, desde logo, que as medidas cautelares diversas da prisão, de qualquer maneira, importam em restrições ao direito de liberdade e, igualmente, possuem reflexos quanto à inviolabilidade da honra e da imagem, razão pela qual também só devem ser aplicadas em caráter excepcional, o que, aliás, é a característica ínsita a toda e qualquer decisão judicial acautelatória⁹⁷⁷. Essa tese está mais do que esclarecida com a leitura atenta ao que dispõem os incisos I e II do art. 282 do Código de Processo Penal⁹⁷⁸. Até porque, cabe adiantar, algumas espécies de medidas cautelares diversas da prisão possuem alto grau de restrição do direito de liberdade, como são os casos de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, de manter contato com determinada pessoa, de ausentar-se da comarca, a determinação de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, a suspensão de função pública ou privada, a internação provisória e a monitoração eletrônica (art. 319, II, III, IV, V, VI, VII, e IX, do CPP).⁹⁷⁹

Cabe notar, ainda, por pertinente, que a disciplina referente aos princípios e regras gerais está catalogada nos incisos e parágrafos do art. 282 do CPP, os quais são aplicáveis a todas as espécies de medidas cautelares, até mesmo aquelas que não estão contempladas no Código, como é o caso da prisão temporária e das outras medidas cautelares alternativas, previstas na Lei nº 11.340, de 2006.

Para fins metodológicos, os princípios e regras gerais pertinentes às medidas cautelares, tal como concebidos pelo legislador, podem ser divididos em: (a) princípio do contraditório; (b) princípio da fungibilidade; (c) princípio da subsidiariedade da prisão; (d) princípio da excepcionalidade (fundamentos das medidas cautelares); (e) critérios para a definição da medida cautelar adequada; (f) princípio acusatório e legitimidade para requerimento de medida cautelar; (g) crimes nos quais cabível medida cautelar.

Cada uma dessas regras merece exame detalhado, o que será feito nos itens seguintes.

Resta, por fim, lembrar que a decretação da prisão está dentre as hipóteses expressas na lei nas quais pode o juiz, quando houver risco a sua integridade física, em decisão fundamentada, determinar a instauração de colegiado para que seja exarado o ato judicial (art. 1º, § 1º, primeira parte, da Lei nº 12.694, de 2012).

Por força do que dispõe o caput do art. 1º da Lei em foco, pelo menos em tese, é possível que o colegiado seja convocado mesmo quando for hipótese para a decretação de medida diversa da prisão.

A despeito da formação e do julgamento por meio de colegiado, para não ser repetitivo, sugerimos a leitura ou releitura do item 5.1.9.8, supra.

6.1.1. Princípio do contraditório

O devido processo legal tem características e conteúdo próprios, em compasso com a modalidade de provimento jurisdicional que se requer, daí por que, pode-se dizer, não há um processo legal único e inflexível, pois depende do tipo de tutela que se pretende prestada. A ampla defesa e o contraditório são mais densos em um cenário processual no qual a pretensão alberga decisão reconhecendo, ou não, a culpabilidade do acusado, do que quando se pretende, apenas, uma tutela acautelatória. Neste último caso não vigora, sequer, em sua plenitude, o princípio da presunção de não culpabilidade.

Acontece que, na seara criminal, não raro, mesmo quando se trata de providência em que não se vislumbra qualquer prejuízo para a medida caso ocorra a prévia oitiva da parte interessada, ainda assim, não se dá a oportunidade do exercício do contraditório.

Meditando sobre o tema, em outro trabalho, asseveramos⁹⁸⁰:

⁹⁷⁷ Cf. item 6.1.4, infra, que trata da excepcionalidade das medidas cautelares.

⁹⁷⁸ Cf. item 6.1.6 e seguintes, infra.

⁹⁷⁹ Cf. itens 6.3.1.2, 6.3.1.3, 6.3.1.4, 6.3.1.5, 6.3.1.6, 6.3.1.7 e 6.3.1.8, infra.

⁹⁸⁰ **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 422.

Assim como ocorre no ambiente cível, no criminal, nas tutelas de urgência ou cautelares, o devido processo legal se mostra com características ínsitas ao tipo de providência solicitada ao Judiciário. Caso a providência querida seja daquelas em que o prévio conhecimento do agente possa tornar ineficaz a medida solicitada, o juiz deve, ao analisar o pedido, independentemente da oitiva do interessado, proferir a decisão, seja ela concessiva ou denegatória. Nesse caso, a ampla defesa e o contraditório são deixados para momento posterior à decisão liminar, em função das próprias características da providência jurisdicional pleiteada, sem que, com isso, se tenha por arranhada a cláusula do devido processo legal. Do mesmo modo, como se trata de uma medida acautelatória, não se exige que o juiz, para acolher o querer do autor ou requerente, escore-se na verdade real, sendo suficiente, para a sua decisão, que, além da justificativa quanto à necessidade de ser atendido, o querer do postulante demonstre a satisfação dos requisitos da materialidade do delito e dos indícios suficientes de autoria. É próprio mesmo de medidas acautelatórias, como a decretação da prisão preventiva, quebra de sigilo telefônico e busca e apreensão, que o devido processo legal seja mais abreviado, sendo contemplado o exercício à ampla defesa apenas posteriormente à determinação judicial, até porque, nesses casos, não está havendo, ainda, o reconhecimento da culpabilidade do acusado.

Secundando essa doutrina, a Lei nº 12.403, de 2011, em boa hora, esclareceu, com a inserção de um § 3º ao novo texto do art. 282 do CPP que, “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.”

Acontece que o legislador tinha se descuidado de estabelecer o prazo para a manifestação da defesa, ademais de não ter sido incisivo quanto a evidenciar tratar-se de uma excepcionalidade a apreciação de medida de urgência sem a prévia oitiva da parte contrária.

No desiderato de equacionar essas questões, a Lei nº 13.964, de 2019, conferiu nova redação para o dispositivo, a fim de estabelecer que o prazo é de 5 (cinco) dias, ao tempo em que gizou os elementos que devem estar contidos na decisão que justifica a ausência do prévio contraditório, dispondo que “... os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional”.

Para obviar a situação em que o prévio contraditório não é recomendável, verifica-se que bastava o legislador fazer referência ao *perigo de ineficácia da medida*, uma vez que a referida expressão compreende, igualmente, a situação de *urgência*. Até porque não se vislumbra uma situação de urgência a justificar a concessão de medida cautelar sem a observância do contraditório prévio, quando ela não estiver regida pelo *perigo de ineficácia*, caso seja ouvida, antes da decisão, a parte contrária.

É verdade que, em princípio, nos casos de medida cautelar sob a modalidade de prisão preventiva ou temporária, a prévia oitiva da pessoa poderá frustrar a iniciativa. Ainda assim, mister que seja demonstrada a situação de urgência ou de perigo para a ineficácia da medida, a fim de que o juiz esteja autorizado a decretar a prisão provisória sem a prévia oitiva do investigado ou acusado.

Em harmonia com essa regra, mesmo quando se trata de flagrante delito, embora não se tenha tornado obrigatório o juiz abrir vista às partes, diante da forma como foi regulamentado o envio e a análise do auto de prisão em flagrante na audiência de apresentação (custódia) – agora regulamentada pelo art. 310, caput, do CPP (redação determinada pela Lei nº 13.964, de 2019) –, o prévio contraditório passa a ser exigido mesmo nesse caso, pois há a oportunidade de a defesa se manifestar antes da decisão do juiz sobre a conversão/decretação da prisão.

O mesmo se diga em relação à decisão sobre a *prorrogação da prisão* na fase da investigação, na medida em que o legislador, indo até mesmo além do mero contraditório, estabeleceu que, nesse caso, o contraditório deve ser realizado em *audiência pública e oral* (art. 3º-B, VI, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), o que pressupõe, até mesmo, o direito do preso de se fazer ouvir.

Ademais, diante do que previsto no § 3º ao novo texto do art. 282, há de se entender que,

quanto à *renovação da prisão*, estabelecida no parágrafo único do art. 316 do CPP, deve ser garantido o contraditório, embora, nessa hipótese, não seja necessário que o exercício dessa garantia seja feita em *audiência pública e oral*.

De outra banda, nas outras modalidades de medida cautelar, alvitradas pelo legislador, via de regra, deverá ser dada a oportunidade do contraditório. Mas pode ser que, mesmo em relação a uma medida cautelar diversa da prisão, o prévio conhecimento da parte possa comprometer, no todo ou em parte, a sua efetividade, como é o caso da *suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira*.

Uma última palavra se impõe. A fim de não dar azo a eventual manobra da parte contrária em retardar a apreciação da medida cautelar solicitada, a norma dispõe que, nesse caso, o que deve ser encaminhado pelo juiz é a cópia do requerimento e dos *documentos necessários* para a defesa, devendo permanecer no órgão jurisdicional os autos. Com isso, cai por terra a preocupação de alguns quanto à possibilidade, caso observado o contraditório, de retenção dos autos pela defesa do agente, a fim de retardar a decisão do juiz.

6.1.2. Princípio da fungibilidade

Assim como ocorre em relação ao processo civil, o princípio da fungibilidade também se faz presente nas medidas cautelares criminais. Aliás, essa fungibilidade é decorrente da própria característica excepcional da medida cautelar, a qual somente deve ter lugar se e quando demonstrada a necessidade de sua imposição como forma de tutelar o processo principal ou de evitar a prática de crimes.

Na regra anterior à Lei 12.403, de 2011, para a decretação da prisão preventiva – a única medida cautelar prevista no Título IX do Livro I do Código de Processo Penal –, era exigida a imprescindível fundamentação de sua necessidade, o mesmo se aplicando para a sua manutenção. Já àquela época restou consagrada a fungibilidade da prisão processual, na medida em que no art. 316 do CPP estava expresso que o magistrado poderia rever a decisão que determinou a prisão preventiva caso, no curso do processo, verificasse a falta de motivo para a sua subsistência, assim como novamente decretá-la, quando sobreviessem razões para justificar essa medida excepcional⁹⁸¹.

De toda sorte, ademais da manutenção do art. 316 do CPP (“O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”), diante das novas medidas cautelares inseridas no sistema, o legislador da Lei nº 12.403, de 2011, achou por bem deixar consignado, no art. 282, § 4º, do CPP, a possibilidade de o juiz, sendo o caso, substituir a medida cautelar diversa da prisão pela prisão preventiva (“No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)”).

Note-se que, para além da fungibilidade em si, a regra catalogada no § 4º do art. 282 do CPP, consagra a *mutabilidade* das medidas cautelares, ou seja, a possibilidade de o juiz, dependendo de evento futuro, que caracterize descumprimento de obrigação imposta, substituir uma por outra, o que poderá importar, até mesmo, na decretação da prisão preventiva.

Da maneira como escrita, a norma está a indicar que essa substituição somente seria cabível quando a cautelar a ser substituída fosse uma das medidas diversas da prisão. Isso porque o texto normativo em destaque, na sua primeira parte, esclarece: “No caso de descumprimento de qualquer *das obrigações impostas...*” (Grifei). Isso porque, à primeira vista, ao decretar a prisão preventiva, que é uma das espécies de medida cautelar, o juiz não impõe obrigações a serem

⁹⁸¹ A Lei nº 5.349, de 1967, retirou a expressão “salvo o caso do art. 312”, que constava da redação primária do art. 316 do CPP, uma vez que a prisão preventiva ali então prevista restou revogada.

cumpridas pelo acusado.

Obrigações para serem cumpridas pelo acusado, em matéria cautelar criminal são determinadas quando o magistrado impõe uma medida acautelatória diversa da prisão, que, independentemente de sua espécie, como dito anteriormente, em certo aspecto, importa em restrições ao pleno exercício do direito de liberdade.

Todavia, não são raras as situações, especialmente naquelas em que a prisão preventiva é decretada sob o fundamento de que necessária para evitar a reiteração de abuso sexual a pessoa vulnerável, sendo prudente, na hipótese, o magistrado aplicar uma medida diversa do encarceramento, a exemplo da “proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante” (art. 319, III, do CPP)⁹⁸².

Mas, há de se convir que, na maioria das vezes, devido ao juiz ter decretado a prisão preventiva, medida cautelar subsidiária, que somente há de ser aplicada quando as demais espécies não se mostrarem adequadas e suficientes, não se cumula a detentiva com medida diversa da prisão, especialmente a que impõe como obrigação a proibição de manter contato com pessoa de quem deva manter distância

Portanto, embora a literalidade do dispositivo dê a entender que a substituição possível se restringe à hipótese em que decretada uma medida cautelar diversa da prisão, há de entender-se plenamente admissível que essa substituição seja necessária, igualmente, mesmo quando a medida inicial seja detentiva.

Ademais, pode ser que, embora cumpridas as obrigações impostas pelo magistrado, outros motivos supervenientes sejam suficientes para o pedido, por exemplo, de outra medida cautelar não detentiva ou, até mesmo, da decretação da prisão preventiva ou temporária. Por exemplo, imagine-se que, aplicada a medida cautelar de “proibição de ausentar-se da Comarca...” (art. 319, IV), em que pese o cumprimento das obrigações expressamente impostas, no curso da investigação, descubra-se que o acusado esteja utilizando o exercício de sua função pública ou privada para a prática de crimes, o que caracteriza a hipótese de aplicação da medida prevista no VI do mesmo dispositivo ou então, dependendo das circunstâncias, da decretação da prisão preventiva sob o fundamento de sua necessidade para a preservação da ordem pública (art. 312, caput, do CPP).

Mantendo o poder geral de cautela que era reconhecido ao magistrado, o dispositivo em destaque ressaltava que, a despeito da possibilidade de requerimento do Ministério Público, do seu assistente ou do querelante, o juiz poderia, de ofício, determinar a substituição.

Por outro lado, ressalte-se que, reafirmando o propósito da Comissão de Reforma quanto a conferir papel mais ativo no processo ao ofendido, com base na premissa de que o seu interesse não se resume aos efeitos cíveis de eventual sentença condenatória — conforme, portanto, aos postulados da *justiça restaurativa* —, o legislador, acertadamente, ressaltou a sua legitimidade para requerer a decretação de toda e qualquer medida cautelar e, de permeio, a respectiva substituição⁹⁸³.

Prima facie, aqui o legislador teria sido mais feliz do que quando se ocupou de redigir o § 2º do art. 282 do CPP, uma vez que, ao contrário de utilizar a expressão *partes*, lá empregada, preferiu referir-se, expressamente, ao tipo de parte que pode fazer o pedido de substituição da medida cautelar.

Com efeito, a parte ré, em princípio, nunca vai requerer, sob o fundamento de que descumprida qualquer das obrigações impostas pelo juiz, a substituição de uma medida cautelar por outra, principalmente uma de espécie não detentiva pela prisão preventiva.

Mas, em determinadas circunstâncias, é possível, sim, que o acusado, de forma coerente, peça a substituição de uma por outra. Isso pode ocorrer independentemente de ele ter cumprido ou

⁹⁸² Seja como for, não se descarta a prudência de o juiz, mesmo no caso de decretação da prisão preventiva, determinar, ainda, como medida cautelar diversa, a proibição de contato com determinada pessoa. Isso se mostra razoável, notadamente, em caso de violência doméstica. Cf. itens 6.1.3 e 6.3.1.3, *infra*.

⁹⁸³ Sobre a legitimidade do assistente para requerer toda e qualquer medida cautelar, cf. item 6.1.7.3, *infra*. Cf., ainda, item 5.1.8.4, *supra*, que aborda, a partir da nova nomenclatura estabelecida para o Capítulo V do Título VII do CPP, o novo perfil do ofendido na relação processual penal.

descumprido as obrigações impostas. Digamos que o juiz tenha aplicado, na qualidade de medida cautelar, “a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares...” (art. 319, II, do CPP), porém, o acusado, ao fundamento de que a ida ao local restringido, além de prejudicar o exercício de sua atividade laboral, em nada comprometeria a segurança do ofendido, pode pedir a substituição para que seja estabelecido, apenas, o dever de permanecer a certa distância (art. 319, III, última parte, do CPP). Seria, portanto, mais do que razoável o próprio acusado, nessa hipótese, ter o interesse legítimo de pedir a substituição de uma medida diversa por outra, embora estivesse cumprindo, à risca, a obrigação imposta pelo magistrado.

Em outra vertente, pode-se vislumbrar caso em que o acusado, não tendo feito o depósito do valor referente à fiança fixada, ao argumento de dificuldade financeira, peça a substituição dessa espécie de medida cautelar por outra ou outras cautelares diversas da prisão.

Assim, em que pese a norma não contemple a legitimidade do acusado para requerer a substituição de medida cautelar, a interpretação deve ser no sentido de sua admissibilidade. Notadamente se adotado o entendimento aqui sustentado, de que o dispositivo em foco permite, até mesmo, o requerimento de substituição da prisão preventiva por uma ou mais das outras espécies de medidas cautelares, o que, aliás, pode ser mais frequente do que se imagina⁹⁸⁴.

Inclusive, diante da regra especial esposada na Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, relativa à aplicação da lei processual penal no tempo, em se tratando de norma relativa ao instituto da prisão, não se adota o princípio da *imediatez*, porém o da *lei mais benéfica*, sendo possível, assim, a retroação da Lei nº 12.403, de 2011, notadamente na parte em que ela atribuiu à prisão preventiva o caráter da subsidiariedade, ou seja, a sua substituição, sempre que possível, quando uma ou mais das medidas diversas previstas for suficiente para a tutela do processo ou evitar a prática de outros crimes pelo acusado⁹⁸⁵.

Por isso mesmo, ainda que muitos magistrados, de ofício, em atenção à Resolução nº 137, de 13 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça — CNJ, tenham providenciado a revisão das decisões a fim de analisar se, em decorrência das novas regras, deveria ser mantida, ou não, ou mesmo substituída a prisão cautelar por outra medida diversa, em muitos casos, foi a defesa quem pediu a substituição da medida⁹⁸⁶.

Mais adiante, no § 5º do art. 282 do CPP, introduzido pela Lei nº 12.403, de 2011, reafirmou o princípio da fungibilidade para toda e qualquer das espécies de medidas cautelares, repetindo, com outras palavras, a dicção normativa do dispositivo em foco, assim dispondo: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”⁹⁸⁷.

Mas a Lei nº 13.964, de 2019, se ocupou de alterar as redações desses dispositivos mencionados acima. Comparando os dispositivos, ao que parece a intenção do legislador foi a de deixar claro que, sem embargo da sedimentação do sistema acusatório quanto às medidas cautelares, ao juiz é outorgada a possibilidade de agir de ofício, sempre que for para revogar ou substituir a medida cautelar. Com efeito, a nova redação do § 5º acentuou que “O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la”.

No entanto, ainda em obséquio ao princípio acusatório, antes o legislador tratou de ressaltar, mais precisamente no § 4º, que “No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante,

⁹⁸⁴ Muito provavelmente, quando o advogado pedir a concessão da liberdade provisória, alternativamente, requererá a substituição da prisão preventiva por uma ou mais medidas cautelares diversas.

⁹⁸⁵ Cf. item 4, *supra*.

⁹⁸⁶ Relatamos, na qualidade de Conselheiro do CNJ, a Resolução nº 137, de 2011, a qual, ao regulamentar o Banco Nacional de Mandados de Prisão — BNMP, dentre outras regras, estabeleceu que os tribunais, com o auxílio das corregedorias gerais, deverão “apoiar os magistrados, em razão do disposto nos artigos 282, § 6º, e 313 do Código de Processo Penal, na revisão da necessidade, ou não, da manutenção da prisão preventiva decretada. (art. 7º, § 1º, inciso III).

⁹⁸⁷ Não se aplica há a prisão temporária, pois, sendo esta medida cabível, apenas, na fase do inquérito e, de regra, pelo prazo de cinco dias, prorrogável, excepcionalmente, por igual prazo, não parece razoável admitir-se a sua revogação e, posteriormente, a redetração.

poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código”. Há uma aparente contradição entre as dicções normativas dos §§ 4º e 5º.

Tudo fica ainda mais confuso porque o legislador, no § 4º, fala no caso de descumprimento de *qualquer das obrigações impostas*, enquanto no § 5º se refere à revogação de *medida cautelar*. Em um e em outro caso, *qualquer das obrigações impostas* quer dizer a mesma coisa do que *medida cautelar*? Tudo leva a crer que sim, até porque o art. 282 está tratando das medidas cautelares pessoais, detentivas e diversas da prisão.

A leitura dos dois parágrafos permite as seguintes observações. Quanto ao § 4º: (a) a alteração foi feita para deixar claro que, nesse caso, o juiz não pode decidir de ofício, sendo necessária prévia provocação; (b) se refere a caso de descumprimento das obrigações impostas; (c) cuida de hipóteses de substituição, imposição de outra medida em cumulação e, até mesmo, decretação da prisão preventiva. Já em relação ao § 5º: (a) a alteração foi feita para deixar claro que, nesse caso, o juiz pode decidir de ofício; (b) se refere a caso de falta de fundamento para a manutenção da medida cautelar; (c) cuida de hipótese de revogação, substituição ou redcretação de medida cautelar, não fazendo menção à decretação de prisão preventiva.

A conclusão que se pode ter é de que o juiz não poderá, em razão do descumprimento de uma medida cautelar ou qualquer obrigação imposta, decretar a prisão preventiva de ofício. Não ficou muito claro, porém, se o juiz pode, de ofício, substituir uma medida diversa pela prisão preventiva ou temporária. A tendência é entender que isso não é possível, seja porque no § 5º não se fala em prisão, seja em razão de não ser permitido, tanto na prisão preventiva (art. 311 do CPP) quanto na temporária (art. 2º, caput, da Lei nº 7.960, de 1989), o juiz impor a medida de ofício, sem prévia provocação.

Assim, para compatibilizar os §§ 4º e 5º do art. 282 do CPP, e tendo em conta o sistema acusatório, impõe asseverar que, de ofício, sem provação de parte interessada, o juiz pode apenas revogar a prisão ou medida diversa da prisão, sendo necessário, porém, requerimento do Ministério Público, do assistente ou querelante, quando se tratar de substituição ou nova decretação.

Porém, seja como for, essa disposição parece incompatível, com a prisão temporária. Sendo esta cabível apenas na fase do inquérito e, de regra, pelo prazo de cinco dias, prorrogável, excepcionalmente, por igual prazo, não parece razoável admitir-se a sua revogação e, posteriormente, a redcretação. Ainda que aceitável, naturalmente, tendo havido a prorrogação da prisão temporária, de modo que atingido o tempo máximo permitido, obviamente que ela não poderá mais ser decretada, ainda que surjam novos motivos⁹⁸⁸.

De outra banda, resta claro que a norma do art. 316 do CPP, específica para a prisão preventiva, se tornou, no mínimo, completamente desnecessária. De toda sorte, o legislador da Lei nº 13.964, de 2019, resolveu manter o dispositivo em foco, promovendo pequena alteração, apenas para esclarecer que a revogação da prisão preventiva pode ser de ofício ou a pedido das partes. Deveria, porém, ter ido além, a fim de estabelecer, expressamente, a possibilidade da substituição da prisão por uma das medidas não detentivas. Por outro lado, melhor seria se o legislador, ao invés de copiar a ideia do art. 316 do CPP, tivesse aproveitado a oportunidade para conferir ao art. 282, § 5º, redação mais moderna e consentânea com a nova principiologia do Código de Processo Penal, mediante a substituição do verbo *poderá* por *deverá*.

Que o legislador originário do Código de Processo Penal, guiado pela ideologia autoritária e policialesca da época, ao tratar da fungibilidade da prisão cautelar, fizesse a previsão de que a revogação seria uma *faculdade* do magistrado e não um *dever* é bastante compreensível. Mas o mesmo não se pode aceitar quanto ao legislador que cuidou da feitura da nova norma em exame. Determinar, ainda que de ofício, a soltura de quem não deva mais permanecer encarcerado, ninguém há de discordar, é antes um *dever* do que uma *faculdade* do magistrado.

A despeito desse senão de ordem técnica, tem-se que, não havendo mais motivo para a manutenção da medida cautelar, não só pode, como especialmente deve, o magistrado revogá-la,

⁹⁸⁸ Cf. item 6.2.6.2, infra.

sob pena de a restrição ao direito à liberdade de ir e vir caracterizar constrangimento ilegal sanável por meio de habeas corpus, o que se aplica, igualmente, à medida cautelar diversa da prisão, pois muitas delas importam em restrições mais agudas quanto ao exercício pleno do direito de liberdade, a exemplo da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares e do *recolhimento domiciliar* no período noturno e nos dias de folga – note-se que esta última medida se assemelha, e muito, à *prisão domiciliar*, mas com ela não se confunde, conforme se verá no item 6.3.1.5, infra.

6.1.3. Cumulação das medidas cautelares diversas da prisão

Assim como ocorre em relação às penas alternativas, as medidas cautelares diversas da prisão, quando for o caso, podem ser decretadas de forma cumulativa. Essa regra está bem exposta no art. 282, § 1º, do CPP, assim redigido: “As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.” Até mesmo a leitura das espécies de cautelares previstas revela que, em muitos casos, para a efetividade de uma determinada medida, imprescindível que, em conjunto, seja determinada outra.

Observe-se, por exemplo, a situação em que o juiz impõe ao agente que se abstenha de manter contato com determinada pessoa, medida prevista no inciso III do art. 319 do CPP. Para tanto, mostra-se adequado que ele aplique duas outras medidas cautelares diversas da prisão, a de proibição de frequentar a casa ou o local de trabalho do ofendido (inciso II) e, ainda, exigir o comparecimento periódico em juízo, para prestar informações e justificar as suas atividades (inciso I), sem falar na monitoração eletrônica que, de certa forma, é uma medida cautelar subsidiária, que serve para conferir maior controle ao cumprimento de outra medida diversa imposta, em casos que, pela gravidade do crime, pelas circunstâncias do fato e pessoais do agente, se requer precaução mais acentuada⁹⁸⁹.

Por outro lado, a dicção normativa dá a entender que essa possibilidade de cumulação se faz presente entre qualquer tipo de medida cautelar, de modo que seria pertinente não apenas a aplicação de duas ou mais medidas diversas da prisão, como uma detentiva e outra de diferente espécie.

Acontece que, pelo menos a princípio, não se mostra razoável o juiz decidir pela decretação da prisão preventiva e, ainda, de uma outra medida diversa. Primeiro, porque é uma afronta à regra da subsidiariedade, estampada no § 6º do art. 282 do CPP (“A prisão preventiva⁹⁹⁰ será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.”). Pode-se, naturalmente, defender que nada impede a aplicação de medida cautelar diversa da prisão como reforço da prisão processual (preventiva ou temporária), quando esta, isoladamente, revelar-se temerária⁹⁹¹.

No entanto, algumas espécies de medidas cautelares diversas da prisão são incompatíveis com a circunstância de quem está preso ou, então, diante dessa situação, são completamente desnecessárias. De fato, a prisão é incompatível ou desnecessária com (I) o comparecimento periódico a juízo, (II) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, (III) proibição de manter conta com pessoa determinada, (IV) proibição de ausentar-se da Comarca, (V) recolhimento domiciliar no período noturno, (VI) suspensão do exercício de função pública ou privada, (VII) internação provisória, (VIII) fiança e (IX) monitoração eletrônica.

Mesmo assim, note-se que, para todos os efeitos, uma pessoa que, por exemplo, tenha praticado, ao longo do tempo, crime de estupro contra o seu filho, nada obstante esteja recolhida a

⁹⁸⁹ Cf. item 6.3.1.8, infra.

⁹⁹⁰ Apesar de a lei fazer referência apenas à prisão preventiva, não há dúvidas de que a norma se aplica, igualmente, à prisão temporária. A subsidiariedade é princípio inerente à prisão processual, que é o gênero, de cujas espécies são a preventiva e a temporária.

⁹⁹¹ Nesse caso, diante da regra de direito intertemporal na área processual penal, a aplicação cumulativa da prisão preventiva com outra medida acautelatória só seria possível em relação aos crimes praticados após a vigência da norma em referência. Isso porque, nesse caso, a norma é, flagrantemente, menos favorável para o acusado, uma vez que, na época da prática do crime, só era admissível a prisão. Cf. item 4, supra.

prisão, pode vir a manter contato com ele durante as visitas ou trocar correspondência. Nessa situação, parece bastante razoável que, se for o caso, o juiz, além de decretar a prisão preventiva, imponha, ainda, como medida cautelar diversa da prisão, a proibição de manter contato com determinada pessoa, proibindo visita da pessoa vulnerável vítima do abuso sexual ou que o preso com ela mantenha contato por qualquer outra via.

O mesmo se diga quando a prisão, por questão humanitária, ao invés de ser cumprida no cárcere, vier a ser executada no próprio domicílio da pessoa. Nesse caso, que não se trata, propriamente, de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, senão da forma de execução da medida decretada que, ao invés de ser em um estabelecimento prisional, deverá ser na própria casa do preso, mostra-se por demais razoável que o juiz, a par de outras medidas cautelares diversas, determine que a pessoa seja submetida a monitoração eletrônica⁹⁹².

Essa situação foi verificada no processo referente à operação *Lava Jato* levada a efeito no Estado do Rio de Janeiro. Foi determinada a prisão domiciliar de Adriana Ancelmo, esposa do ex-Governador Sérgio Cabral, com a fixação de medidas diversas da prisão, dentre elas a proibição de manter contato com determinadas pessoas. Aliás, no caso de prisão domiciliar, mostra-se de todo pertinente sujeitar o preso, ainda, ao pagamento de fiança, como garantia de que ele não descumprirá a determinação de permanecer recolhido em seu domicílio, só dele se ausentando nos termos das condições estabelecidas pelo juiz na decisão.

6.1.4. Princípio da excepcionalidade (requisitos) das medidas cautelares

Toda e qualquer medida cautelar criminal, detentiva ou não, impõe restrições ao direito de liberdade, razão pela qual se trata de medida excepcional, cabível apenas quando for de extrema necessidade. No ponto, a respeito da prisão provisória, a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição de 1988, em reiteradas vezes, foi no sentido de que ela possui natureza cautelar e, como tal, serve para tutelar o “... interesse do desenvolvimento do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária...”⁹⁹³.

De forma enfática, o Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro Celso de Mello, ao evidenciar a natureza cautelar da prisão preventiva, o que a diferencia, ontologicamente, da prisão penal (*carcer ad poenam*), cujo escopo é servir de instrumento em benefício da atividade desenvolvida no processo penal, salientou que essa medida é marcada pela nota da excepcionalidade⁹⁹⁴, pensamento que se aplica, em sua inteireza, à prisão temporária.

Isso porque, como se disse, a regra é o direito de liberdade, daí por que, apenas excepcionalmente, permite-se, como medida processual, que a restrição ao direito de ir e vir ocorra antes de sentença condenatória considerada transitada em julgado, sob pena de afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade. Exatamente em obséquio ao princípio da presunção de inocência em sentido amplo, a doutrina e a jurisprudência sedimentaram o entendimento de que a prisão processual é medida excepcional, à qual somente se deve recorrer quando evidenciada sua extrema necessidade.

Naturalmente, a doutrina e a jurisprudência firmadas sobre o caráter de excepcionalidade da medida cautelar detentiva se aplicam, em sua essência, às *cautelares diversas* da prisão agora previstas em nosso sistema processual penal. Ora, já se disse aqui que, em toda espécie de medida cautelar, até mesmo no caso de fiança, malgrado o direito de liberdade não seja suprimido com a prisão, sofre restrições quanto ao seu exercício, o que é mais do que evidenciado nos casos em que

⁹⁹² Cf. item 6.2.5.2.

⁹⁹³ RTJ 137/287, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC 80.064-SP, Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence; RHC 71.954-PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RHC 79.200-BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Informativo do STF 221/001, p. 9, Rel. Min. Celso de Mello; HC 80.379-SP, Rel. Min. Celso de Mello.

⁹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A PRISÃO PREVENTIVA — ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR — NÃO TEM POR OBJETO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU, Classe: HC — Processo: 80719, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 ago. 2011.

se impõe ao agente a proibição de acesso ou de frequência a determinados lugares ou o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.

Não é por outro motivo que o legislador cuidou de deixar ressaltada essa característica inerente a toda e qualquer medida cautelar de ordem pessoal, ao dizer que, em relação às medidas tratadas no Título IX do Livro I do CPP, a decretação deverá observar a sua “*necessidade* para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais” (art. 282, I, do CPP. Grifei).

Como se vê, independentemente da espécie da medida cautelar, portanto, detentiva ou não, a sua decretação só deve ocorrer quando houver *necessidade*, ou seja, for imprescindível para a tutela do processo principal. Cabe aqui a advertência de Pierpaolo Bottini⁹⁹⁵, que escreveu sobre a matéria quando ainda o projeto de lei não havia sido aprovado: “O inc. I proposto destaca as hipóteses de aplicação das cautelares. A presença de qualquer uma delas, alternativamente, é suficiente para a medida assecuratória. Por outro lado, a inexistência dessas hipóteses impede a decretação de qualquer medida (desde a prisão até a mais simples e menos ostensiva)”.

A exigência quanto à fundamentação da cautelar, ainda que não detentiva, com base na sua necessidade afasta a crítica no sentido de que com a nova disciplina trazida pela Lei nº 12.403, de 2011, diante das várias alternativas dadas ao magistrado, sempre e sempre, mesmo quando não demonstrada a imprescindibilidade, seriam impostas restrições ao direito de liberdade do acusado, mediante a aplicação de medidas diversas da prisão.

Esse receio não procede, caso os magistrados apliquem corretamente as novas regras, em especial as contidas nos incisos I e II do art. 282 do CPP⁹⁹⁶. Para todos os efeitos, as medidas cautelares diversas da prisão são cabíveis apenas nos casos em que, havendo motivo para a prisão preventiva, aquelas são adequadas e suficientes para tutelar o processo ou evitar a prática de crimes.

6.1.5. Princípio da subsidiariedade prisão processual

Na versão originária do Código Penal, não havia a previsão das penas e medidas alternativas. Em razão disso, via de regra, a condenação consistia na aplicação da pena de prisão, salvo nos casos de previsão, como pena para o tipo criminal, da incidência apenas da sanção de multa. Coube à Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, a qual promoveu profunda alteração da Parte Geral do Código Penal, ensaiar a modificação do panorama. Mas o fez de forma tímida, pois, conquanto admitisse a aplicação da pena alternativa em substituição à privativa de liberdade em toda e qualquer condenação relativa a crime praticado na modalidade culposa, só permitia essa solução nos crimes dolosos, quando a pena aplicada fosse inferior a um ano. Em razão disso, o campo de incidência das penas alternativas era sobremaneira estreito.

A efetiva modificação do cenário nacional foi obra da Lei nº 9.714, de 1998, que, além de manter a permissão da substituição, independentemente do tempo fixado, da pena privativa de liberdade nos crimes culposos, possibilitou essa solução para os crimes dolosos, quando a pena aplicada não fosse superior a quatro anos, o que aumentou, significativamente, as hipóteses de aplicação das penas alternativas.

A partir daí, em consonância com a modificação introduzida no sistema criminal brasileiro, a prisão, mesmo quando aplicada na qualidade de pena, passou a ser subsidiária, ou seja, deve ser substituída pela pena alternativa, quando essa solução, nos termos dos incisos do art. 44 do Código Penal, for permitida.

Por isso mesmo, na sentença condenatória, quando se trata de crime culposo ou, sendo doloso, a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos, o juiz na decisão tem de expor os fundamentos pelos quais substitui, ou não, por uma ou mais restritivas de direitos.

Isso demonstra algo interessante. No início, a prisão servia, apenas, de instrumento para

⁹⁹⁵ Medidas cautelares. In: **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 457.

⁹⁹⁶ Cf. itens 6.1.6 e segs.

o cumprimento da pena, que era, de regra, corporal (açoite, mutilações, morte). Com a humanização do sistema criminal, que se deu a partir das ideias de Beccaria, esposadas no livro *dos delitos e das penas*, a prisão passou a ser a forma ordinária de sanção. Mais à frente, a prisão, diante do reconhecimento de que ela não é a melhor forma de recuperar uma pessoa que pratica o crime, passou a ser tratada como *ultima ratio*. Se possível, deve ser substituída por medida menos drástica.

Acontece que, embora assim fosse em nosso sistema criminal material, no ambiente do processo penal ainda se tinha a prisão como a única medida cautelar prevista para tutelar o processo principal ou escoimar o grave risco de que o acusado, permanecendo solto, pudesse continuar a praticar crimes.

Era, evidentemente, um paradoxo inaceitável. Por coerência sistêmica, era ingente a necessidade de adotar, quanto ao processo penal, política criminal similar à do direito penal material, no sentido de serem previstas outras medidas cautelares que, conquanto de alguma forma representassem limitação ao direito de liberdade, não acarretassem, como a prisão, o recolhimento do indiciado ou acusado em estabelecimento carcerário.

Esse paradoxo inaceitável só veio a ser remediado quase 13 (treze) anos depois, ou seja, com a promulgação da Lei nº 12.403, de 2011, na qual o legislador, a par de conceber as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, deixou expresso que estas têm prevalência, se e quando forem *adequadas e suficientes* para o caso. Com efeito, no art. 282, § 6º, está ressaltado que “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”, enquanto no art. 310, inciso II, do CPP, que, ao receber o auto de prisão em flagrante, conquanto esteja presente um dos fundamentos do art. 312 do CPP, o juiz não deverá proceder à conversão em prisão preventiva, se e quando as medidas cautelares diversas se revelarem *adequadas e suficientes* para o caso. O legislador da Lei nº 13.964, de 2019, cuidou de aprimorar o § 6º, ao impor ao juiz, quando não for o caso de aplicar medida diversa da prisão, o dever de justificar “... de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”.

Impõe observar que essa subsidiariedade da prisão ganha um reforço com a implementação da audiência de apresentação, impropriamente chamada audiência de custódia. É que, mesmo no caso de prisão temporária ou preventiva, ainda assim, o preso tem de ser levado à presença do juiz, a fim de que, após o seu interrogatório e as manifestações do Ministério Público e da defesa, o juiz, se for o caso, substitua por medida diversa da prisão. Essa audiência não é apenas para o juiz verificar se houve violência policial no cumprimento da diligência. Serve, essencialmente, para que o juiz tenha um conhecimento mais agudo sobre as *circunstâncias do crime* e *condições pessoais* do agente e, assim, se for o caso, verificar que é o bastante a aplicação de medida diversa da prisão.

De outro giro, note-se a virada copérnica do sistema criminal brasileiro. A prisão como pena, praticamente até então a única sanção prevista, a partir de 1988, passou a ser a exceção, na medida em que deve ser substituída, sempre que possível, por uma ou mais restritivas de direito. No mesmo passo, a prisão processual, que era a única espécie de cautelar contemplada para tutelar o processo principal ou evitar o risco efetivo de que a pessoa continuasse a praticar crimes, a partir da edição da Lei nº 12.403, de 2011, com a criação das cautelares não detentivas, passou a ser medida subsidiária, porquanto, quando *adequado e suficiente*, deve ser substituída por outra ou outras que não importem no recolhimento da pessoa a estabelecimento penal.

6.1.6. Requisitos ou pressupostos (*fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*), fundamentos (*periculum in mora* ou *periculum libertatis*) e critérios para a definição da medida cautelar adequada

Tratando-se de medida cautelar, a doutrina, acompanhada de perto pela jurisprudência, cuidou de especificar os requisitos/pressupostos e os fundamentos para a imposição da prisão

processual. Os requisitos ou pressupostos representam o *fumus boni iuris* ou o *fumus commissi delicti*, enquanto os fundamentos *periculum libertatis* ou o *periculum in mora*. Essa construção teórica e jurisprudencial se operou com suporte no referencial normativo emanado do art. 312 do Código de Processo Penal, o qual, ao dispor sobre a prisão preventiva, em sua primeira parte, estabelece os fundamentos, enquanto, na segunda, os requisitos.

Diante das inovações introduzidas pela Lei nº 12.403, de 2011, foi necessário, igualmente, estabelecer os requisitos e fundamentos para a decretação das medidas cautelares diversas da prisão. Isso porque, para todos os efeitos, em nosso sistema, a disciplina referente aos requisitos (pressupostos) e aos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, até então a única medida cautelar pessoal prevista, já constava do art. 312 do CPP.

Em tese, o legislador poderia ter estabelecido requisitos e fundamentos diferentes, conforme fosse a espécie de medida cautelar, detentiva ou diversa da prisão. Ademais, além de estabelecer os requisitos e fundamentos para a imposição das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, havia a necessidade, ainda, de o legislador estabelecer *critérios* a serem observados quanto à *definição ou escolha* da espécie de medida cautelar a ser aplicada, se detentiva, ou não, e, ainda, sendo diversa da prisão, quais delas.

No regime anterior, como só havia uma espécie, que era a prisão, bastavam as regras postas no ordenamento jurídico por meio do art. 312 do CPP, que deveriam ser observadas para a sua imposição. Havendo outras medidas cautelares diversas da prisão, imperioso que fossem preceituadas regras pertinentes para a escolha de qual, das medidas previstas, seria a mais *adequada e suficiente* para o caso concreto.

O legislador da Reforma Tópica cumpriu, em parte, essa missão, por meio da redação emprestada ao art. 282, caput e incisos I e II. Diz-se em parte porque esse dispositivo, que preceitua regras gerais aplicáveis a toda e qualquer espécie de medida cautelar pessoal, seja ela detentiva ou não, tratou, apenas, dos *fundamentos* e dos *critérios* para a definição de qual é a cautelar que deve ser escolhida no caso concreto, descuidando, de toda sorte, de mencionar os requisitos ou pressupostos.

Ademais, além de o legislador da Reforma Tópica não ter se ocupado em estabelecer uma regra geral quanto aos requisitos para a aplicação de toda e qualquer medida cautelar pessoal, nada disse a respeito ao tratar das medidas cautelares diversas da prisão. Cabe indagar, portanto: Essa omissão normativa leva à conclusão de que, em relação às medidas cautelares diversas, ao contrário da prisão preventiva e da temporária, não há requisitos ou pressupostos, mas, tão só, fundamentos quanto à necessidade e os critérios para a adequação?

Como será exposto a seguir, a resposta afirmativa não parece ser a melhor solução, sem embargo de não ser coerente. Ora, conclusão nesse sentido seria o mesmo que admitir, em relação às medidas cautelares diversas da prisão, a sua imposição sem reclamar a presença da verossimilhança da pretensão acusatória, o chamado *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*, o que descaracterizaria a sua natureza acautelatória.

A pesar dessa omissão quanto aos requisitos, acertadamente, o legislador preferiu estabelecer, para toda e qualquer espécie de medida cautelar pessoal, *fundamentos* idênticos, uns pertinentes para a demonstração da necessidade de sua imposição (inciso I do art. 282 do CPP), enquanto outros para guiar o intérprete na escolha de qual das medidas cautelares pessoais previstas é a *adequada e suficiente* para o caso em análise (inciso II do art. 282 do CPP).

Assim, os incisos I e II do art. 282 do CPP, conforme as alterações promovidas pela Lei nº 12.403, de 2011, assumem fundamental importância no sistema adotado em relação às medidas cautelares de ordem pessoal, que precisam ser bem compreendidos, a fim de evitar conclusões precipitadas ou incorretas. A razão de ser de um e de outro inciso não pode ser confundida.

Para bem delimitar essa questão, cabe, aqui, reproduzir o texto normativo:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I — *necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II — *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Como se observa, o art. 282, inciso I, do CPP, estabelece os fundamentos que, *em princípio*, autorizam a decretação de toda e qualquer medida cautelar pessoal, seja ela a prisão ou a medida diversa. A expressão *em princípio*, aqui empregada, é em razão das considerações quanto aos fundamentos para a decretação da *prisão temporária*, pois, quanto a essa medida, em relação aos fundamentos, só é aplicável o referente à necessidade para a instrução criminal.

Assim, o inciso I do art. 282 do CPP dispõe sobre os *fundamentos quanto à necessidade*.

De outra banda, no inciso II do art. 282 do CPP, constam os *critérios* para a escolha do tipo de medida cautelar, dentre as previstas: se de prisão ou não e, caso seja, qual ou quais medidas diversas deve ser a aplicada.

Esses são os *critérios quanto à adequação*.

Avançando sobre o tema, pensamos que esses critérios estampados no art. 282, II, do CPP devem orientar o exegeta, até mesmo, para escolher entre as prisões *temporária e preventiva*.

Cabe repetir, de antemão, que os critérios normativos em relação aos requisitos, aos fundamentos e aos critérios para a definição quanto à cautelar pessoal são idênticos, sendo irrelevante se são medidas de caráter detentivo ou diversas da prisão.

Por isso mesmo, em rigor, toda a doutrina e jurisprudência criada em torno da prisão processual, referente aos seus requisitos e aos fundamentos, são aplicáveis às novas medidas cautelares diversas da prisão, que vieram a lume por obra da Lei nº 12.403, de 2011 e mesmo em outras leis esparsas.

Pela importância do tema, os aspectos doutrinários referentes aos *requisitos (fumus boni iuris)*, aos *fundamentos para a decretação (periculum libertatis)* e aos critérios para a *definição* do tipo de medida cautelar merecem estudo nos tópicos específicos a seguir, respectivamente, 6.1.6.1, 6.1.6.2 e 6.1.6.3, infra.

6.1.6.1. Requisitos ou pressupostos (*fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*) para a decretação da medida cautelar pessoal

A doutrina em geral faz a distinção entre os requisitos ou pressupostos e os fundamentos para a aplicação de medida cautelar, conforme assinalado acima. Ao tempo em que só existia, na qualidade de medida cautelar de ordem pessoal, a prisão preventiva, os requisitos ou pressupostos eram tidos como o *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade da procedência da pretensão acusatória, enquanto os fundamentos representavam o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*.

Essa inteligência foi construída em consonância com a leitura do caput art. 312 do Código de Processo Penal, o qual, a par de contemplar, em sua primeira parte, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, na segunda e última, cuida dos requisitos para a imposição dessa medida.

Com efeito, consoante prescreve o art. 312, caput⁹⁹⁷, do CPP, ainda que existente um dos fundamentos para a prisão preventiva (necessidade da garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), a medida cautelar só pode ser decretada “... quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, ou seja, a presença do *corpus delicti* e da probabilidade de autoria.

Por conseguinte, a demonstração de que há prova da existência do crime e indício *suficiente* de autoria precede aos argumentos quanto à existência, ou não, de um dos fundamentos

⁹⁹⁷ Um parágrafo único foi enxertado com a Lei nº 12.403, de 2011. A Lei nº 13.964, de 2019, alterou a redação do caput do art. 312, transformou o então parágrafo único em § 1º e incluiu o § 2º (“A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”).

quanto à necessidade para a decretação da prisão preventiva.

No ponto, a lei é cogente ao exigir *prova da existência do crime*, não sendo suficiente, quanto a esse aspecto, a mera *suspeita*, mas a prova da materialidade delitiva⁹⁹⁸. Para Frederico Marques, existe a prova da existência do crime apenas quando resta demonstrada a prática de fato típico na integralidade de seus elementos, o que compreende, ainda, análise quanto à antijuridicidade⁹⁹⁹.

Nada obstante no que diz respeito à existência do crime a lei imponha a *prova plena*, o mesmo não ocorre em relação à autoria. Quanto à autoria, para fins de decretação da prisão preventiva, reclama-se, apenas, a existência de *indício suficiente*.

Carnelutti¹⁰⁰⁰, abordando essa exigência que consta do sistema italiano, anota que *indício suficiente*, para fins de autorização de uma prisão processual, possui *grau superior* em relação àquele que basta para possibilitar o indiciamento na investigação ou a imputação na peça acusatória. Em outras palavras, não se quer com isso dizer que a expressão *indício suficiente* infirme a ideia de que se trata de *prova levior*, mas, sim, que esse requisito não se contenta com a *simples possibilidade de autoria*, pois reclama evidências de que o indiciado ou acusado é o *provável* autor do crime. I. e., não encerra a mera *possibilidade*, porém a *probabilidade concreta*¹⁰⁰¹.

Lembrar aqui o que foi salientado no item 6.1. *Indício suficiente* é o indício qualificado necessário para a flexibilização do princípio da *presunção de inocência*, pois, diferente do que ocorre na hipótese em que alguém é indiciado na fase pré-processual ou acusado na processual como possível autor do crime – que relativiza ainda a cláusula que torna inviolável a honra e a imagem –, qualquer medida cautelar de ordem pessoal, notadamente a de prisão, atinge também o direito de liberdade. Isso sem falar que a prisão de alguém é acontecimento que, não raro, torna irreversível o dano ao conceito que a pessoa goza perante a sociedade. Quando esse fato é divulgado nos meios de comunicação, então, o prejuízo se propaga de modo acentuado.

Não parece haver dúvidas de que, a despeito da omissão do legislador da Reforma Tópica, essa doutrina sobre os requisitos ou pressupostos necessários para a prisão preventiva, que constam da parte final do caput do art. 312, são aplicáveis, em sua inteireza, às medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Não seria razoável admitir-se a imposição de restrições ao direito de liberdade da pessoa, mesmo que não importem o recolhimento à prisão, sem que haja a prova da existência do crime e indício suficiente quanto à autoria ou participação. Até porque, em caso contrário, seria admissível a imposição de medida cautelar sem a exigência da demonstração de que há a fumaça do bom direito quanto à própria pretensão acusatória. Como se disse, ainda que a prova da existência do crime seja requisito, igualmente, reclamado para a propositura da ação penal, os *indícios suficientes*, reclamados para autorizar medida cautelar, são um *plus* em relação aos *indícios* que bastam para a imputação por meio do indiciamento ou o ajuizamento da ação penal.

Sobre a matéria em foco, acrescente-se que, quando da criação da prisão temporária pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a discussão em torno de sua constitucionalidade tinha como foco a falta de característica inerente às medidas cautelares, pois não teriam sido elencados como requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*.

Porém, a doutrina e a jurisprudência fixaram o entendimento de que, assim como ocorre em relação à prisão preventiva, também para a decretação de prisão temporária, além dos fundamentos, é preciso que estejam presentes os requisitos. De fato, enquanto em relação à prisão

⁹⁹⁸ Tourinho Filho, Fernando da Costa. **Processo penal**, 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 472.

⁹⁹⁹ **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV, p. 60.

¹⁰⁰⁰ **Leciones sobre el proceso penal**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950, p. 180.

¹⁰⁰¹ Nesse sentido, Romeu Pires de Campos Barros diz que, “Na verdade a expressão ‘indícios suficientes’ significa probabilidade certa de autoria e não simples possibilidade. Aliás, a expressão suficiente é usada no Código com o mesmo sentido de veemente, que é mais tradicional, e era usada no Código Criminal do Império e pela maioria dos processualistas, tais como Paula Pessoa e outros” (**Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1982, p. 194).

preventiva o legislador utilizou as expressões *certeza da materialidade* e *indício suficiente de autoria*, na Lei nº 7.960, de 1989, ficou preceituado que essa medida é admissível quando houver *fundadas razões de autoria ou participação* nos crimes especificados nas alíneas do inciso III do seu art. 1º (homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, raptio violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico ilícito de drogas e crime contra o sistema financeiro).

Dessa forma, para fins de prisão temporária, não basta, apenas, a prova da materialidade de um daqueles crimes mencionadas na Lei nº 7.960, de 1989, pois, além desse *fumus boni iuris* ou o *fumus commissi delicti*, o Diploma Normativo em foco exige, igualmente, prova que permita a conclusão quanto à existência de *fundadas razões de autoria ou participação* do agente no fato em apuração. Note-se que *fundadas razões* é o mesmo que *indício suficiente de autoria*, contemplado na parte final do art. 312 do CPP, não havendo, entre um e outro, maior ou menor grau de certeza.

Aliás, no léxico, o que é que se apresenta mais consistente *indício suficiente de autoria* ou *fundadas razões*? *Fundadas razões* não pode ser tido como algo menos denso do que *indício suficiente de autoria*.

Dessa maneira, tanto para a decretação da prisão temporária quanto para a preventiva não se pode determinar a medida cautelar contra um mero suspeito, sendo de mister a existência do sumário de culpa, que consiste na reunião de elementos probatórios concernentes em fundadas razões de autoria ou participação no crime ou indício suficiente de autoria ou participação.

Essa é a inteligência que sobressai da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁰², conforme se observa da leitura da ementa adiante:

CRIMINAL. RHC. ROUBO. PERSEGUIÇÃO DE AUTORIDADES PÚBLICAS LOCAIS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DOS PACIENTES NOS DELITOS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INDÍCIOS DE AUTORIA. PACIENTES EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA AS INVESTIGAÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. (...) A determinação de prisão temporária deve ser fundada em fatos concretos que indiquem a sua real necessidade, atendendo-se os termos descritos na lei. Evidenciada a presença de indícios de autoria dos pacientes no delito de roubo, para o qual é permitida a decretação da custódia provisória (art. 1º, inciso III, alínea “c”, da Lei n.º 7.960/89), bem como o fato de os pacientes encontrarem-se em lugar incerto e não sabido, necessária se torna a decretação da prisão temporária, tendo em vista a dificuldade de investigação e conclusão do inquérito quando ausentes os indiciados. Precedentes. (...).

Com essas assertivas, não procede a observação feita por Fabbrini Mirabete¹⁰⁰³ de que, nesse ponto (inciso I do art. 1º da Lei nº 7.960/89), a lei é draconiana, na medida em que, diferentemente do que está exposto no inciso II, possibilita a prisão até mesmo de qualquer pessoa, a exemplo de uma mera testemunha. Ora, como demonstrado, para a decretação da prisão temporária mister se faz a satisfação de seus requisitos, que repousam na *prova da materialidade do fato criminoso* e em *fundadas razões da autoria ou participação* no crime. Assim, resta claro que a prisão temporária não pode, em nenhuma hipótese, recair sobre quem não se tenha elementos probatórios, mesmo indiciários, quanto à autoria ou participação no crime, ficando afastada, assim, a menor possibilidade de que esse tipo de medida cautelar tenha como destinatária qualquer pessoa, dentre elas, até mesmo, a testemunha.

Exatamente por isso não se aceita a tese de que a prisão temporária pode ser utilizada

¹⁰⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Gilson Dipp, Classe: RHC — Processo: 17075, UF: PR, Quinta Turma, Data da decisão: 03/03/2005. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 13 jul. 2005.

¹⁰⁰³ **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 202, p. 393.

como medida preparatória da prisão preventiva, prestando-se o encarceramento, nesse caso, para permitir a reunião de provas suficientes contra o agente. Ademais de ser necessária a presença de requisitos quanto à materialidade e à autoria a fim de permitir-se medida drástica como a prisão cautelar, seria admitir uma espécie de prisão limitada no tempo para viabilizar, depois, o pedido de outra mais elástica, a preventiva. Em outras palavras, não se pode *prender para investigar; investiga-se para poder prender*. Ou melhor: a prisão temporária não pode ser utilizada como *trampolim* para o posterior pedido de prisão preventiva.

Observe-se que a Lei nº 13.964, de 2019, acrescentou uma terceira parte no caput do art. 312 do CPP, exigindo que conste da decisão o que aparentemente seria mais um *requisito*, qual seja, a *indício de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado*. Acontece que o *periculum libertatis*, como pontuado acima e será aprofundado no tópico a seguinte, diz respeito aos fundamentos para a decretação da prisão preventiva em si. Isso porque, em obséquio ao *princípio da subsidiariedade*, mesmo quando necessário restringir o direito de liberdade do agente, a aplicação da prisão só se justifica se e quando as medidas diversas da prisão, caso aplicadas isoladas ou cumulativamente, não se mostrarem adequadas e suficientes para evitar a reiteração da prática de crimes, viabilizar a instrução processual ou garantir a aplicação da lei penal.

Em resumo ao que aqui foi tratado, quer se cuide de medida prisional (prisão preventiva ou temporária) ou medida diversa da prisão, para a decretação de cautelar pessoal na seara criminal necessário que estejam preenchidos os requisitos, quais sejam, prova da existência do crime e *indício suficiente ou fundadas razões de autoria*, sendo que, no caso de prisão temporária, o crime tem de ser um daqueles previstos na Lei nº 7.960, de 1989.

6.1.6.2. Fundamentos quanto à necessidade da decretação de medida cautelar pessoal

Conforme o art. 282, inciso I, do CPP, em qualquer hipótese, o juiz terá de determinar a medida cautelar pessoal em decisão fundamentada, tendo em consideração a: (a) necessidade para a aplicação da lei penal; (b) necessidade para a investigação ou instrução criminal; e (c) necessidade para evitar a prática de infrações penais. Tem-se, assim, que, nesse passo, o legislador seguiu a orientação exposta no art. 312 do CPP, quanto a conceber as medidas cautelares como (1) *garantia de eficácia*; (2) *meio de instrução*; e (3) *medida de segurança*.

Aqui o legislador, estreme de dúvidas, pretendeu reproduzir o que dispõe o art. 312 do CPP quanto aos fundamentos para a prisão preventiva, cuja redação, na parte que interessa, é a seguinte: “A prisão preventiva poderá ser decretada como *garantia da ordem pública ou da ordem econômica*, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal ...” Como se vê, a prisão preventiva, uma das medidas cautelares de ordem pessoal, nos termos do art. 312 do CPP, pode ser fundamentada: (a) na necessidade de *garantia da ordem pública ou da ordem econômica*; (b) na necessidade para a instrução criminal; (c) na necessidade para a aplicação da lei penal.

Quanto aos dois últimos fundamentos, acima mencionados, percebe-se que o legislador da Reforma Tópica teve o cuidado de manter a mesma redação. Mas, note-se que, em relação a um deles, não se observou a mesma inteligência. Isso porque, enquanto no art. 282, I, do CPP, colocou-se como um dos fundamentos para a decretação da medida cautelar a sua necessidade como forma de *evitar a prática de infrações penais*, o art. 312 continua a prever, como um dos fundamentos para a prisão preventiva, a necessidade de *garantia da ordem pública ou da ordem econômica*.

Teria o legislador esquecido de promover a devida alteração no art. 312 do CPP, a fim de adequá-lo à terminologia do art. 282, I? Os anais do processo legislativo revelam o que, de fato, ocorreu.

Para melhor explicação, há de ser feita pequena digressão. Tenha-se presente que há muito existe acirrado debate quanto às hipóteses de decretação de medida cautelar detentiva. A bem da verdade, tendo em consideração os mais diversos argumentos, dentre os quais merecem destaque

a vulneração do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade e a real possibilidade de poder, sempre e sempre, ocorrer injustiça, com o encarceramento de um inocente, a discussão sobre a própria legitimidade da prisão preventiva já ocupou espaço considerável da doutrina.

De toda maneira, malgrado a prisão preventiva seja considerada, em si mesma, um mal, esse é um *mal necessário*, daí por que, na sua utilização, deve-se ter a máxima prudência, a fim de que seja usada, apenas, nos casos restritos gizados em lei, quando demonstrada a sua absoluta necessidade e efetiva natureza cautelar do processo principal.

No nosso meio, sempre houve discordância quanto ao acerto da inclusão da *ordem pública* ou *econômica* como fundamento para a decretação da prisão preventiva, não apenas em razão de tratarem-se de expressões sobremaneira polissêmicas, a permitirem elástica interpretação, como, igualmente, devido à circunstância de, nesse caso, a medida não possuir efetivo caráter tutelar do processo principal, por se apresentar como uma genuína *medida de segurança*, cujo escopo é assegurar a própria *ordem pública*.

Porém, sem maior esforço, pode-se defender que não se tem por desvirtuada a finalidade de tutelar o processo quando decretada a prisão preventiva com base na necessidade de manutenção da ordem pública ou econômica, pois a medida serve para coibir prováveis danos que a liberdade do indiciado ou acusado pode ocasionar, que é a razão de um processo criminal focado na ressocialização, que não se preocupa em punir o acusado ou o seu passado, mas, desde o início, em conferir o tratamento adequado ao caso concreto, a fim de que a sociedade não fique à mercê de novas agressões, apenas diante da circunstância de a questão não ter sido definitivamente julgada.

Seja como for, a Comissão da Reforma Tópica, procurando atender a crítica da doutrina, a par da redação conferida para o art. 282, inciso I, sugeriu, por coerência sistêmica, a alteração, igualmente, do art. 312, a fim de excluir, como fundamento para a decretação da prisão preventiva, a *manutenção da ordem pública ou econômica*.

Em seu lugar, fez a previsão da possibilidade de decretação da prisão como medida para evitar a prática de novas infrações relativas ao *crime organizado*, à *probidade administrativa* ou à *ordem econômica ou financeira consideradas graves*, ou *mediante violência ou grave ameaça à pessoa*.

A proposta da Comissão de Reforma para a prisão preventiva era a seguinte:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem 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.

Isto é, a prisão preventiva aplicada no desiderato de evitar a prática de novas infrações, consoante a proposta, só seria permitida em relação *aos casos expressamente previstos*¹⁰⁰⁴. Ou seja, a prisão preventiva, nessa hipótese, só seria admissível quando a medida fosse adotada para evitar infrações relativas a crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Todavia, não houve consenso no parlamento quanto ao rol dos crimes elencados na proposta, como se vê da justificativa apresentada pelo deputado federal Luiz Fleury para rejeitar a proposta: “A parte final do art. 312, além de omitir o tráfico, não substitui convenientemente o que

¹⁰⁰⁴ Muito provavelmente, a Comissão de Reforma se inspirou no Código de Processo Penal italiano, que, no art. 274, coma 1, c, preceitua: “quando, per specifiche modalitá e circostanze del fatto e per la personalitá dell'imputato, vi è il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti com uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalitá organizzata o della stessa specie di quello per cui se procede” (“quando, por específica modalidade e circunstância do fato e da personalidade do imputado, exista o perigo concreto que este cometa grave delito com uso de arma ou outros meios violentos contra a pessoa, ou contra a ordem constitucional ou crimes de organização criminosa ou da mesma espécie daquele pelo qual está sendo processado.” (Tradução livre do autor).

foi suprimido, bastando imaginar que o autor de um crime extremamente grave, desde que não demonstre intenção de reincidir, não mais poderá ser preso, sendo irrelevante a intranquilidade que sua conduta tenha gerado na comunidade”.

Assim, conquanto o parlamento tenha aceitado, sem restrições, a proposta relativa ao art. 282, I, o mesmo não se verificou quanto à sugestão para o art. 312, que restou desaprovada, sendo, em consequência, mantida a mesma redação¹⁰⁰⁵.

Apenas com essa explicação é que se compreende o que o legislador quis dizer, na parte final do inciso I do art. 282 do CPP, ao preceituar “... e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”. Essa expressão *nos casos expressamente previstos* tinha relação direta com a redação proposta para o art. 312 do CPP, a qual cuidava de anunciar quais eram os *casos expressamente previstos na lei* como autorizadores da decretação da prisão preventiva com fundamentação na sua necessidade para evitar a prática de crimes.

Pois bem, rejeitada a redação proposta para o art. 312 do CPP, para manter a coerência sistêmica, no mínimo, deveriam ter sido providenciados os ajustes necessários no art. 282, I, com a retirada do texto não apenas da expressão *e nos casos expressamente previstos* como o retorno da referência à ordem econômica e financeira. E melhor ainda teria sido se, no desiderato de uniformizar as nomenclaturas dos arts. 282, I, e 312, caput, ambos do CPP, no primeiro tivesse sido feita a substituição da expressão *evitar a prática de infrações* por *manutenção da ordem pública ou ordem econômica*.

Sem embargo dessas considerações, fica patente que a intenção do legislador, ao preferir utilizar na redação do art. 282, I, a expressão *evitar a prática de infrações*, em substituição às palavras *ordem pública ou ordem econômica*, foi para deixar positivado na lei a orientação de parte significativa da doutrinária, acompanhada de perto pela jurisprudência, de que a prisão preventiva decretada como *medida de segurança* só é cabível para evitar que o acusado, solto, permaneça na sua atividade delitiva.

Com isso se quer dizer que a coexistência harmônica dos arts. 282, I, e 312, ambos do CPP, aceita como única interpretação razoável a assertiva de que a autorização para o juiz decretar a prisão preventiva, sob o fundamento da necessidade de garantia da ordem pública ou econômica restringe-se à circunstância em que a medida se justifica para evitar a prática de novas infrações.

Quanto à prisão temporária, o regramento normativo está na Lei nº 7.960, de 1989, mais precisamente no art. 1º e incisos, assim redigidos:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

(...)

Diante da dicção normativa acima, surgiram 3 (três) correntes doutrinárias a respeito dos fundamentos necessários para a decretação da prisão temporária. A primeira, em interpretação literal do art. 1º da Lei nº 7.960/89, defendia que, como na enumeração não se utilizou a conjunção aditiva “e”, a medida seria cabível em qualquer uma das situações previstas nos incisos do mencionado artigo, de modo que os três requisitos devem ser considerados como alternativos¹⁰⁰⁶.

A segunda corrente, igualmente, parte de interpretação literal, para dizer que, como o legislador, ao contrário de como procedeu ao redigir o art. 312 do Código de Processo Penal, não fez uso da conjunção alternativa “ou”, tem-se que, para infligir a prisão temporária, reclama-se a satisfação dos três fundamentos estampados nos incisos do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989. Por fim, a terceira corrente, a mais aceita, entende que sempre tem de estar presente a motivação do

¹⁰⁰⁵ Exposição de Motivos 22 — Mj, Diário da Câmara dos Deputados, 30.03.2001, p. 9542.

¹⁰⁰⁶ MIRABETE. Julio Fabbrini. **Processo penal**, p. 393).

inciso III da lei em referência, conjugada com uma das duas encartadas nos incisos I e II.

Com efeito, note-se que os fundamentos são específicos e estão nos incisos I e II do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989. Assim, cumpridos os requisitos, consubstanciados na prova da existência de um dos crimes indicados no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, somada às fundadas razões de autoria ou participação, é preciso que seja demonstrada a necessidade de sua decretação, pois, de conformidade com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, não é suficiente para a decretação da prisão temporária a circunstância de o crime em apuração ser um dos mencionados pela lei em referência.

Desse modo, além da satisfação do inciso III do art. 1º da Lei em foco, o caso tem de se subsumir ou na hipótese do inciso I (ser imprescindível para as investigações do inquérito policial) ou do inciso II (o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade).

A bem da verdade, a imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, exigência estampada no inciso I, é fundamento para a prisão temporária que abrange a hipótese do inciso II (não ter o indiciado residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade), ambos da Lei em exame. Isso porque a circunstância em si de o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade não é suficiente ou fundamento para a decretação de medida cautelar, de modo que, em se tratando de prisão temporária, sempre e sempre, haverá de ser adicionado o discurso de que a medida se mostra necessária, para viabilizar a investigação policial.

Ora, sendo a prisão temporária medida acautelatória a ser adotada ainda na fase pré-processual, tem-se que, para ser decretada, há necessidade de que seja imprescindível para as investigações do inquérito policial. Se ela não for necessária, não há por que limitar o direito de liberdade da pessoa. Ademais, o fato de uma pessoa não ter residência fixa ou de não apresentar os seus dados de identificação somente justifica o decreto prisional caso a medida se mostre indispensável para a instrução do inquérito policial.

Nesse ponto, adverte Eugênio Pacelli¹⁰⁰⁷ que, em se tratando de prisão temporária, “... devem estar presentes necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação, quanto aquela do III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I”.

Até porque a *dúvida sobre a identidade civil* não é, propriamente, fundamento para a decretação de medida cautelar, como expendido mais adiante, no item 6.2.5.1.4, *infra*. Essa circunstância nunca foi tratada como fundamento para a decretação da prisão preventiva, razão pela qual o legislador da Reforma Tópica, com acurado acerto, elencou essa hipótese apenas como exceção à regra que exige, para a decretação da prisão preventiva, que o crime seja doloso e a pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

Por conseguinte, uma conclusão se impõe: os fundamentos do art. 282, I, do CPP, são comuns à prisão preventiva e às medidas cautelares diversas da prisão. Nem se pense que a redação art. 321 anima pensamento em contrário. Esse texto normativo, com a redação determinada pela Lei nº 12.403, de 2011, ao admitir que, “Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 219 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”, está se referindo a hipótese de prévia prisão (em flagrante ou por ordem judicial). Por *ausência de requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva*, referida pelo legislador, entenda-se a situação em que a pena do crime não seja superior a 4 (quatro) anos, ou, então, na qual uma medida cautelar diversa da prisão se mostra *adequada e suficiente*, nos termos dos arts. 282, § 6º, e 310, II, do Código de Processo Penal.

Quanto à prisão temporária, devido às regras específicas da Lei nº 7.960, de 1989, só se aplica, em parte, o fundamento consubstanciado na segunda parte do inciso I do art. 282 do CPP (“necessidade para a investigação criminal...”), uma vez que, como exposto mais adiante, esse tipo

¹⁰⁰⁷ Curso de processo penal, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 539.

de prisão processual só é cabível, nos termos do art. 1º, I, alíneas *a* e segs., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”¹⁰⁰⁸, uma vez que esse tipo de prisão não pode ser imposta na fase processual.

Os fundamentos quanto à necessidade da medida, na qualidade de justificativa para prender o investigado ou o acusado, representam o *periculum libertatis*. Assim, certamente a parte final incluída no caput do art. 312 do CPP pela Lei nº 13.964, de 2019, a saber, o *perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado*, foi providenciada para reforçar que o juiz deve evidenciar na decisão que não era suficiente e adequada a imposição, isolada ou cumulativa, de medidas cautelares diversas, diante do *risco concreto* decorrente do fato de o agente não ser encarcerado. O juiz, na decisão, haverá de demonstrar o nexo de causalidade entre a necessidade da medida e o perigo no estado de liberdade. Por exemplo, ao decretar a prisão para fins de viabilizar a produção da prova, deverá fundamentar no risco que representa o fato de o agente permanecer em liberdade, não sendo suficiente, apenas, impor como medida diversa da prisão a proibição de manter contato com determinadas pessoas, comparecer em determinados lugares ou ser afastado do cargo ou função exercida.

O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, portanto, não se trata de nova hipótese para a decretação da prisão preventiva ou mesmo de novo requisito. A necessidade da prisão preventiva, com suporte em qualquer um dos fundamentos expostos acima caracteriza, repita-se, aquilo que a doutrina já denominava *periculum libertatis*. Assim, no ponto, a única novidade se trata da circunstância de o entendimento doutrinário ter sido traduzido normativamente pelo legislador, embora sem a melhor técnica legislativa.

Aliás, legislador da Lei nº 13.964, de 2019, teve especial preocupação com a fundamentação da decretação da prisão preventiva, a ponto até mesmo de ser repetitivo. Com efeito, no art. 312, § 2º, do CPP, restou consignado que “A decisão que decretar a prisão a preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. Não satisfeito, no art. 315, caput, reafirmou que “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”, esclarecendo que o juiz, quando se trata da decretação de qualquer medida cautelar, notadamente da prisão preventiva, “... deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (art. 315, § 1º, do CPP).

Indo além a fim de coibir decisões embasadas apenas em mera retórica, agregou que não se considera fundamentada qualquer que seja a decisão judicial, incluindo os acórdãos, quando:

- I – limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V – limita-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.
- VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A exigência de que a decretação da prisão preventiva seja fundamentada na existência concreta de fatos novos ou contemporâneos é sobremaneira importante, a fim de evitar decisões genéricas, exaradas com suporte em meras conjecturas, o que é criticado, faz tempo, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Além disso, não raro se observa a reminiscência a fatos pretéritos, sem que se evidencie que a situação a ensejar a medida drástica da prisão persista

¹⁰⁰⁸ Cf. item 6.2.6 e seguintes, infra.

Chama a atenção, ainda, a circunstância de o legislador ter utilizado as expressões *motivada e fundamentada*, como se coisas diferentes fossem. Em rigor, não havia a necessidade do uso das duas palavras, mas, conquanto seja comum não se fazer a distinção entre motivação e fundamentação, tratando-as como expressões sinônimas, a *motivação* diz respeito às *razões de direito*, enquanto *fundamentação* às *razões de fato*.

Por fim, cabe fazer referência ao art. 9º da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 (Lei de Abuso de Autoridade), que tipifica como ilícito penal a conduta consistente em “Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais”, sendo necessário, no entanto, nos termos do art. 1º, § 1º, a identificação de dolo específico, ou seja, a demonstração de que o juiz agiu com a deliberada intenção “... de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”.

6.1.6.2.1. Necessidade para a aplicação da lei penal

Desde logo, cabe advertir que a decretação de medida cautelar de ordem pessoal ao fundamento de que há *necessidade para a aplicação da lei penal* só é admitida em se tratando de prisão preventiva ou de uma das medidas cautelares alternativas. A Lei nº 7.960, de 1989, não contempla a *necessidade para a aplicação da lei penal* como fundamento para a decretação da prisão temporária. Essa espécie de fundamento estava prevista para a prisão preventiva, e, agora, em razão do art. 282, I, do CPP, se presta, igualmente, para autorizar medida cautelar diversa da prisão.

Cabe lembrar que a imposição da prisão preventiva com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal é a mais aceitável dentre as hipóteses contempladas pela lei de regência, na medida em que se identifica com a situação em que há demonstração da existência do perigo de fuga da pessoa. Não se há de negar que a principal finalidade com a decretação da prisão preventiva é, naturalmente, evitar a fuga do agente, até mesmo para assegurar o resultado útil do processo.

O grande problema, de toda maneira, é a caracterização, no caso concreto, do *risco de fuga* que legitima a aplicação de medida cautelar, ainda mais agora em que o § 2º do art. 312, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, exige que a prisão seja *motivada e fundamentada* no receio do perito e na existência *concreta* de fatos *novos ou contemporâneos* que a justificam. É lugar-comum, na doutrina, dizer-se que o *risco ou perigo de fuga* resta configurado quando há evidências de que a pessoa se prepara para deixar o seu domicílio, com a alienação dos seus bens ou a aquisição de passagens ou a mera revelação, a alguém, da intenção de desaparecer do distrito da culpa.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo em conta que a privação cautelar da liberdade reveste-se de caráter excepcional, só sendo admissível quando presente situação de *absoluta necessidade*, para a decretação de medida cautelar sob o fundamento de que necessária para fins de aplicação da lei penal é imprescindível “... que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu”¹⁰⁰⁹.

Não se mostra bastante, portanto, de juízo de possibilidade ou probabilidade, de modo que o mero *temor de fuga*, sem ser apontada situação concreta que justifique a real possibilidade de sua ocorrência, uma vez que “A custódia cautelar não pode se basear em conjecturas, mas na real necessidade de constrição que justifique a excepcionalidade da medida”¹⁰¹⁰. De outra banda, a circunstância de o agente possuir condições materiais ou facilidade de trânsito pelo território nacional ou internacional, na medida em que não é tão somente o poder de mobilidade ou de trânsito pelos territórios nacional ou internacional que justifica a medida constritiva, mas, sim, a

¹⁰⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello, Classe: HC — Processo: 80719/SP, Segunda Turma, Data da decisão: 26/06/2001, Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 4 jul. 2005.

¹⁰¹⁰ STF, RTJ 128/749, Relator, Ministro Francisco Rezek.

demonstração de que o acusado intenta promover sua fuga do distrito da culpa”¹⁰¹¹.

Porém, o Supremo Tribunal Federal¹⁰¹², dadas as características em si da atividade criminosa, considerou a existência de “(...) Risco evidente de que se frustrate a aplicação da lei penal, decorrente de condições objetivas do caso concreto, notadamente a infiltração da suposta quadrilha em outros países (Uruguai e Estados Unidos)”.

Assunto polêmico como justificativa para a decretação da prisão preventiva diz respeito à fuga do distrito da culpa. À primeira vista, a circunstância de o agente fugir para lugar não sabido e ignorado se manifesta como razão mais do que suficiente para autorizar, não apenas como conveniência para a instrução criminal, como também para garantir a eficácia de eventual aplicação da lei penal, a prolação de decisão determinando a imposição de medida acautelatória pessoal. Porém, não é bem assim, até porque a fuga, especialmente quando ela é empreendida como forma de esquivar-se da detenção/prisão em flagrante, deve ser encarada como lídima manifestação do direito de defesa. Daí por que, quando motivada pelo exclusivo desiderato de evitar a prisão em flagrante, tal ocorrência não deve ser levada em consideração para a decretação da medida acautelatória¹⁰¹³.

Em julgados mais recentes, o Supremo Tribunal Federal¹⁰¹⁴ tem reiterado que “É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, se baseia no *só fato de o réu ser revel*, tomando-o por fuga”. Assim, embora não seja a fuga em si suficiente para a decretação da medida cautelar pessoal, esse é um dado que deve, sempre, ser levado em consideração, quando ocorrer. O que se quer dizer é que a fuga do distrito da culpa, dependendo das circunstâncias, pode, ou não, caracterizar situação que demonstra a necessidade de imposição da medida cautelar, sob pena de ser frustrada a aplicação da lei.

Por isso mesmo, o Superior Tribunal de Justiça¹⁰¹⁵, alinhado com o pensamento do STF, por sua Sexta Turma, em reiteradas oportunidades, tem ressaltado que “(...) A fuga do agente do distrito da culpa nem sempre pode ser interpretada como indício de que pretenda ele frustrar a aplicação da lei penal”. Isto é, não se pode negar que, com a fuga, há um dado *indiciário e objetivo* de que o agente pretende se esquivar da aplicação da lei penal, porém, isso, por si só, não é suficiente para a decretação de medida cautelar. Portanto, verificada a fuga, esse dado objetivo não é bastante para a aplicação de medida cautelar, sendo necessário, para tanto, que seja apontado algum “... dado concreto que demonstre a necessidade da segregação provisória”¹⁰¹⁶.

De qualquer maneira, essa posição, conquanto se apresente como a mais acertada, parece que não é tão pacífica tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça. De fato, consta acórdão, por maioria, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, lavrado pelo Ministro Ricardo Lewandowski¹⁰¹⁷, consignando que “(...) Conforme remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, a fuga do réu do distrito da culpa justifica o decreto ou a manutenção da prisão preventiva”, assim como há decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁰¹⁸, no sentido de que “(...) A simples evasão do distrito da culpa é motivo suficiente para justificar a decretação da prisão preventiva, de modo a assegurar a aplicação da lei penal e a

¹⁰¹¹ STF, HC 71.289-RS, Relator Ministro Ilmar Galvão.

¹⁰¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Carlos Aires, Classe: HC — Processo: 91285/SP, Primeira Turma, Data da decisão: 13/11/2007, Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 4 jan. 2012.

¹⁰¹³ Cf. STF, RHC 59.386-PE, Relator Ministro Soarez Muñoz.

¹⁰¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator p/ o acórdão Ministro Cesar Peluso, Classe: HC — Processo: 94759, Segunda Turma, mv., Data da decisão: 02/09/2008, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012

¹⁰¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP, Classe: HC — Processo: 201001665901, un., Data da decisão: 17/12/2010, Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Acesso em: 4 jan. 2012

¹⁰¹⁶ Ibid.

¹⁰¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 107723/MS, Primeira Turma, Data da decisão: 28/06/2011, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012. No acórdão, são citados, ainda, STF, HC 95159, HC 98145, HC 101309, HC 1010310, HC 101356, HC 101934, HC 102021 e HC 106438; STJ, HC 92240.

¹⁰¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Gilson Dipp, Classe: HC — Processo: 201001302698, Quinta Turma, un., Data da decisão: 28/06/2010, Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Acesso em: 4 jan. 2012.

conveniência da instrução criminal”.

O tempo que o agente está foragido tem sido considerado dado sobremaneira importante para fins de caracterização, ou não, da necessidade de medida cautelar para garantia da aplicação da lei penal. Atento a esse detalhe, embora no julgamento do Habeas Corpus 91741/PE, no qual foi relator para o acórdão o Ministro Eros Grau, se tenha asseverado que “É da jurisprudência desta Corte que a fuga, por si só, não constitui motivação idônea para a decretação da prisão preventiva, sendo necessária a análise, caso a caso, para chegar-se à conclusão de que o paciente pretende subtrair-se ao cumprimento de eventual condenação ou foge para não se submeter a uma custódia que considera injusta”, em outro voto, aprovado à unanimidade pela mesma Segunda Turma, tendo em conta esse aspecto temporal, Sua Excelência sustentou que há fundamento idôneo na “ (...) Prisão preventiva decretada para garantia da aplicação da lei penal, sob o fundamento de que o paciente, acusado de homicídio, fugiu do distrito da culpa e permaneceu foragido por um ano, até ser capturado, o que evidencia nítida intenção de frustrar a aplicação da lei penal”¹⁰¹⁹, de modo “... que não se trata de hipótese em que o paciente foge para não se sujeitar a prisão cautelar que considera ilegal”.

Por outro lado, em voto elaborado pela Ministra Carmem Lúcia¹⁰²⁰, referente a julgamento feito pela Primeira Turma, restou consignado o “(...) Entendimento deste Supremo Tribunal Federal (é) no sentido de que a fuga do Paciente logo após a prática do delito, tendo sido encontrado pela polícia em outro Município por força de uma denúncia anônima é razão suficiente para a manutenção da prisão preventiva nos termos em que propostos”.

Seja como for, a evasão do distrito da culpa, a fim de não caracterizar situação a ensejar a necessidade de garantia da aplicação da lei penal, precisa se escorar em justificativa que infirme o dado objetivo acarretado com a fuga em si. Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal¹⁰²¹, ao julgar o Habeas Corpus 94036, denegou o *writ*, com suporte no argumento de que a medida cautelar resta justificada, quando “(...) Inexiste qualquer elemento de convicção a indicar que a fuga ocorreu porque o réu acreditava ser a sua custódia ilegal, especialmente se considerado que ele evadiu-se antes mesmo da decretação da sua prisão preventiva...”

Diferente é a hipótese em que o agente, diante da circunstância de se encontrar em lugar incerto e não sabido, é citado por edital e, por não atender ao chamamento judicial nem contratar advogado para defendê-lo, acarreta, com esse comportamento, a suspensão do trâmite processual, nos termos do art. 366, caput, do Código de Processo Penal. Nesse caso, parece mais do que razoável a decretação da prisão por conveniência da instrução processual, pois, do contrário, o feito criminal permanecerá sobrestado até o dia em que o agente resolver, por sua livre e espontânea vontade, apresentar-se em Juízo.

A própria dicção normativa do caput do art. 366 do CPP já sinaliza nesse sentido, ao dizer que o juiz, *se for o caso*, deve decretar a prisão preventiva. Claro que, para todos os efeitos, o juiz há de motivar a decretação da prisão preventiva de acordo com um dos fundamentos encartados no art. 312 do CPP, até porque, se assim não fosse, estar-se-ia, por linhas transversas, restaurando a indesejada *prisão preventiva obrigatória*, o que não se coaduna com a natureza acautelatória dessa medida, de forma implícita sufragada pela Constituição de 1988 e, reiteradamente, confirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal verifica-se aresto que não apenas confere aza a esse pensamento, como vai além, na medida em que, no julgamento do Habeas Corpus 8598-SP, a Segunda Turma, à unanimidade, tendo como relator o Ministro Joaquim Barbosa, considerou a *situação de foragido* como parâmetro suficiente para definir o requisito da garantia da aplicação

¹⁰¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 90352/GO. Data da decisão: 14/11/2006, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

¹⁰²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 89915. Data da decisão: 10/04/2007, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 8 jan. 2012.

¹⁰²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Data da decisão: 16/12/2008, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012

da lei penal. A ementa daquele julgado, na parte que interessa, está assim redigida¹⁰²²:

(...) A paciente, acusada de tentativa de homicídio, não foi encontrada para fins de intimação da audiência de interrogatório. Citada por edital, a ré deixou de comparecer em juízo, permanecendo foragida. A situação de foragido é o parâmetro por definição do requisito da garantia da aplicação da lei penal, inscrito no art. 312 do Código de Processo Penal. Assim, é legítimo o decreto prisional nela fundamentado. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Nessa toada, em posição ainda mais firme, o Supremo Tribunal Federal já considerou suficiente, para a decretação da medida cautelar detentiva com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal, a ausência a ato processual, aliada à mudança de endereço, sem a prévia comunicação ao juízo em que tramita o processo, tendo a ementa do julgado a seguinte redação¹⁰²³:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU QUE SE FURTA À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA CARCTERIZADA PELA REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I — O não comparecimento a sessões de julgamento e a mudança de endereço sem comunicação ao juízo são elementos aptos a configurar a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal por meio da prisão preventiva. II — A reiteração criminosa, ademais, por si só, caracteriza a ameaça à ordem pública, autorizadora da custódia cautelar. III — Ordem denegada.

Mas, conforme ressaltado linhas acima, o melhor seria a previsão normativa quanto à possibilidade de o juiz determinar a *procura* do acusado revel. O novo Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0), regulamentado pela Resolução nº 417, de 2021, cuidou do tema, permitindo que o registre nesse banco o *mandado de condução coercitiva para fins do artigo 366 do CPP* (art. 2º, IX).

Evidentemente que o correto é o tratamento do assunto no próprio Código de Processo Penal, mas, certamente, assim como já ressaltado, a possibilidade desse tipo de medida é preferível à determinação da prisão preventiva. É menos traumático para o réu ser *conduzido coercitivamente* apenas para tomar ciência do processo e viabilizar a sua tramitação do que ser preso, ainda que a prisão seja para o mesmo fim.

Esse mandado de condução coercitiva, apesar da nomenclatura, em nada se confunde com a condução coercitiva do art. 260 do CPP, pois nesse caso ele não vai ser interrogado, mas, apenas, ter ciência do processo. O preferível era outra nomenclatura, como, por exemplo, mandado de procura ou busca.

Seja como for, o juiz deve, sempre, preferir decretar a condução coercitiva para os fins do art. 366 do CPP a impor a prisão preventiva. O mandado, além de levado a registro no BNMP, deve ser enviado à autoridade policial, no desiderato de que seja dado cumprimento ao que nele está contido. A questão a saber é se as autoridades policiais vão se empenhar no cumprimento desse tipo de mandado, pois, desavisadamente, pode-se pensar que se esteja conferindo atribuição própria dos oficiais de justiça.

De outra banda, especificamente quanto à necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, cabe observar que há medida cautelar diversa da prisão própria, qual seja, a *proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução* (art. 319, IV), que pode importar, até mesmo, na *proibição de ausentar-se do País*, hipótese na qual, sem embargo de o juiz ter o dever de comunicar às *autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional*, há de intimar o *indiciado ou acusado*

¹⁰²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo 8598/SP. Data da decisão: 14/12/2006, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012

¹⁰²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo 92697/CE, Primeira Turma, mv. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data da decisão: 12/02/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (art. 320 do CPP).

O comparecimento periódico em juízo e, ainda, a monitoração eletrônica, com ou sem o acréscimo da fixação de fiança, também se apresentam como medidas cautelares pessoais que podem ser, conforme o caso concreto, *adequadas e suficientes* para assegurar a aplicação da lei penal, tornando desnecessária a decretação da prisão sob esse fundamento.

6.1.6.2.2. Necessidade para a investigação ou instrução criminal

A necessidade para a investigação ou instrução criminal também já estava no CPP como um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva. A Lei 7.960, de 1989, também catalogou essa *necessidade* como fundamento para a decretação da prisão temporária, ao estabelecer que ela é admissível “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” (art. 1º, I). Com a Reforma Tópica, o art. 282, I, estendeu esse fundamento para a medida cautelar pessoal diversa da prisão. Insta salientar que este é o único fundamento comum à prisão preventiva e à temporária¹⁰²⁴.

Todavia, conforme exposto linhas atrás, saliente-se que, conforme a dicção normativa do art. 282, I, segunda parte, do CPP, a medida cautelar pode ser imposta em razão da *necessidade para a investigação ou instrução criminal*. Portanto, é cabível tanto na fase do inquérito quanto do processo. Diferentemente, em se tratando de prisão temporária, em razão de a lei específica esclarecer que essa medida só é admissível quando a necessidade for demonstrada para fins de *investigações do inquérito policial*, estreme de dúvidas, a sua admissibilidade está restringida à fase de investigação.

Note-se que o inciso II do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, também só se refere ao inquérito policial, pois ali se fala, apenas, em *indiciado*, o que dá fôlego à doutrina majoritária no sentido de que a imposição dessa medida acautelatória não é admissível em outro tipo de investigação ou quando já ofertada a ação penal¹⁰²⁵. Em princípio, portanto, não é admissível a decretação de prisão temporária quando se trata de Procedimento de Investigação Criminal, os denominado PIC, levado a efeito por membro do Ministério Público. Até porque a lei fala em *indiciado, ato fundamentado* que é *privativo* do delegado de polícia, “... mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias (art. 2º, § 6, da Lei 12.830, de 20 de junho de 2013).

Nem se diga que a Lei nº 12.403, de 2011, ao dar nova redação para ao art. 283, caput, tenha alterado essa questão, diante da afirmação normativa de que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, *no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva*” (Grifos acrescentados). Leitura apressada do dispositivo poderia sugerir que, daí em diante, assim como a prisão preventiva, a temporária é admissível *no curso da investigação ou do processo*. Mas essa, à evidência, não era a inteligência que sobressaía da norma em foco. A redação, é verdade, não era das melhores, uma vez que permitia interpretação dúbia a respeito do ponto em destaque. No entanto, restava patente que o escopo do art. 283, caput, do CPP, era salientar, apenas, as espécies de prisão admissíveis em nosso sistema, e não, evidentemente, promover qualquer tipo de alteração na disciplina específica da prisão temporária, tratada em lei especial.

O que se ressaltou ali foi que a prisão temporária, ao lado da preventiva, é uma das

¹⁰²⁴ Cf. itens 6.1.6.2, supra, e 6.2.6, infra.

¹⁰²⁵ A consequência que daí decorre é de que, tratando-se de medida acautelatória da instrução do inquérito policial, há de interessar à autoridade policial e ao Ministério Público, razão pela qual o juiz, em hipótese alguma, pode decretá-la de ofício. (Cf. OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 537; MIRABETE. Julio Fabbrini. *Processo penal*, p. 395.). Por isso mesmo, a lei de regência não fez referência quanto à possibilidade de o juiz decretá-la de ofício. Agora, com a regra geral do art. 282, § 2º, segunda parte, do CPP, restou consolidado o entendimento de que, na fase da investigação (inquérito policial), o juiz não pode decretar, de ofício, nenhuma medida acautelatória de ordem pessoal. A respeito, cf. item 6.1.7.2.

espécies de prisão processual, com natureza, portanto, de medida cautelar¹⁰²⁶.

No entanto, acertadamente, a Lei nº 13.964, de 2019, para além do fim de ressaltar o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade, tratou de dissipar qualquer tipo de dúvida a respeito, promovendo a alteração do texto do caput do art. 283 do CPP (“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”).

Superada essa questão, observe-se que a doutrina nacional mais antiga salientava que a conveniência para a instrução criminal, na qualidade de fundamento para a decretação de medida cautelar de ordem pessoal, tinha função dúplice, qual seja, (i) utilizar-se do agente como elemento probatório do processo e (ii) evitar que o agente, solto, prejudicasse a descoberta da verdade.

Essa primeira função apontada, evidentemente, restou eliminada de nosso sistema, a partir da Constituição de 1988, na medida em que, malgrado eventualmente o agente possa servir de elemento de prova, a sua posição na relação processual é de sujeito principal, que dela participa para exercer o seu direito à ampla defesa. Relembre-se que, quando se tratou, neste livro, da defesa efetiva, restou salientado que uma das preocupações da Comissão da Reforma Tópica foi desconstruir a lógica originária do Código de Processo Penal, que concebeu o chamamento do acusado para o processo com o fim *utilitarista* de que ele servisse de meio de prova, e não para se defender, como é de ser em um sistema acusatório, com perfil democrático¹⁰²⁷.

Nessa nova visão, o interrogatório não pode mais ser visto e tratado como espécie de prova, porém como instrumento de defesa, o direito de audiência do acusado com o juiz responsável pelo seu julgamento, por se constituir, para todos os efeitos, em uma autodefesa a ser exercida, ou não, a critério do agente.

Não há sentido, assim, determinar-se medida cautelar com o fundamento de que necessária para a investigação ou instrução criminal, diante da necessidade de ter o acusado por perto, ficando, assim, facilitada a tarefa de interrogá-lo.

Resta a possibilidade da decretação de medida cautelar pessoal à guisa da necessidade de assegurar a regular instrução da investigação ou do processo nos casos em que a medida se mostre de extrema necessidade para assegurar a produção das provas. Essa situação pode ocorrer quando há evidências de que, solto, o agente poderá destruir ou fazer desaparecer provas ou ameaçar testemunhas.

A esse respeito, a Excelsa Corte¹⁰²⁸, da mesma forma como em relação à aplicação da lei penal, tem exigido a demonstração nos autos de “elementos concretos, e não meras conjecturas, que apontam o risco concreto de ser manipulada a instrução criminal pelo paciente”. Daí por que não se presta para a imposição da medida cautelar pessoal, a presunção judicial de que, estando em liberdade, o agente irá constranger as testemunhas¹⁰²⁹, assim como o mero temor da vítima e das testemunhas de que sejam procuradas pelo agente.

Agregue-se que, sendo a medida cautelar decretada com base, apenas, na sua necessidade para viabilizar a instrução da investigação ou do processo, tem-se que, concluída a fase instrutória, desaparece o motivo que a ensejou, de modo que deve ser, incontinenti, revogada a tutela de urgência, a não ser que, com base em outro fundamento, seja decretada nova medida. E mais. Se a medida cautelar pessoal é imposta na fase do inquérito policial a fim de garantir a sua eficiente instrução, em rigor, com a sua finalização, também não há mais motivo para que seja mantida. Inclusive, cabe agregar que, com as novas regras introduzidas pela Lei nº 12.403, de 2011, ficou expresso que a autoridade policial só tem legitimidade para representar pela decretação de medida

¹⁰²⁶ Essa questão é abordada no item 6.2.6, infra.

¹⁰²⁷ Cf. itens 5.1.5.1, 5.1.5.7, 5.1.5.9 e 5.1.5.11. Cf., ainda, SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 725-761.

¹⁰²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 93895/MG, Primeira Turma, Data da decisão: 06/05/2008, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

¹⁰²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 91741/PE, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, Data da decisão: 03/06/2008, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

cautelar pessoal preparatória, ou seja, na fase do inquérito¹⁰³⁰. Portanto, notadamente quando a decisão judicial é feita em atenção a representação oriunda da autoridade policial, a sua validade está restrita à instrução referente à fase pré-processual.

Dado o caráter subsidiário da prisão preventiva, em muitos casos, para preservar a regularidade da instrução da investigação ou do processo, será bastante a adoção de uma ou mais das medidas diversas da prisão. Se o problema é o temor quanto a pressões que podem vir a ser feitas pelo agente às testemunhas ou da vítima, o juiz pode determinar a sua proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, assim como de contato com essas pessoas, com o controle mediante monitoração eletrônica, sem prejuízo, se for o caso, da fixação de fiança.

Por outro lado, se o comprometimento da investigação residir na circunstância da função pública ou da atividade de natureza econômica ou financeira ocupada pelo agente, poderá se mostrar adequada e suficiente apenas a medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, VI, do Código de Processo Penal, ou seja, a suspensão do exercício da atividade profissional.

6.1.6.2.3. Necessidade para evitar a prática de infrações ou assegurar a manutenção da ordem pública ou econômica

Conforme salientado, essa é a hipótese de medida cautelar pessoal mais debatida, pois, à primeira vista, não se presta para tutelar, propriamente, o processo, apresentando-se mais como uma *medida de segurança* para a sociedade, cuja finalidade é manter a *ordem pública*¹⁰³¹. Porém, não seria nada razoável que não fosse prevista como hipótese para medida de urgência no campo criminal a necessidade de sua imposição na qualidade de instrumento hábil para evitar que o acusado continue a praticar crimes. Ademais, a finalidade do processo principal, no ambiente criminal, não se contenta, apenas, em buscar a punição, mas a ressocialização e, enfim, que o acusado não pratique novos delitos ou continue desenvolvendo a sua atividade criminosa.

Por conseguinte, desde que a necessidade da manutenção da ordem pública ou econômica se confunda com a necessidade da decretação de medida cautelar pessoal a fim de evitar a prática de novos crimes, não há de negar-se a sua natureza cautelar.

Sobre o assunto, cabe reafirmar que a leitura do art. 312, caput, em conjunto com a do art. 282, I, última parte, ambos do CPP, leva à conclusão de que o legislador da Reforma Tópica teve a intenção de traduzir normativamente o pensamento jurisprudencial de que a decretação de medida cautelar pessoal com fulcro na necessidade da manutenção da ordem pública ou econômica só se mostra idônea quando é para evitar a prática de novos crimes. Para não ser repetitivo, remete-se o leitor ao item 6.1.6, supra.

Tendo como premissa a assertiva acima, cumpre reafirmar que esse fundamento, previsto desde a redação originária do CPP para a prisão preventiva, conquanto sirva, por força do art. 282, I, terceira parte, para a decretação de medida cautelar diversa da prisão, não é cabível para dar suporte à prisão temporária, pois não se trata de hipótese contemplada na Lei nº 7.960, de 1989.

Feitas essas considerações, importa registrar que o Supremo Tribunal Federal firmou passo na inteligência de que a natureza da infração, por si só, não se revela circunstância apta para motivar a privação cautelar do *status libertatis*. Nesse sentido, a Supremo Corte¹⁰³² firma passo no entendimento de que

A gravidade do crime imputado, um dos malsinados crimes hediondos (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, ninguém será considerado culpado até

¹⁰³⁰ Cf. itens 6.1.7, 6.1.7.1 e 6.1.7.2, infra.

¹⁰³¹ Cf. item 6.1.6.2, supra.

¹⁰³² RTJ 137/287, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence.

o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII).

É irrelevante, portanto, a circunstância de o crime em apuração ser classificado, ou não, como hediondo ou ser a este equiparado pela lei, uma vez que “(...) A ameaça que o agente personalizaria à ordem pública só pode ser aferida no contexto dos fatos”¹⁰³³, razão pela qual “Não preenche a teleologia do art. 312 do Código de Processo Penal a mera alusão à gravidade da pena do delito, imputado ao paciente, como fundamento para justificar a prisão preventiva enquanto forma de garantir a aplicação da lei penal.” Com as regras, a *gravidade do crime* deve ser levada em consideração apenas para, quando presente um dos fundamentos para a cautelar pessoal, o juiz definir qual a espécie de medida é a mais adequada e suficiente (art. 282, II, primeira parte, do CPP)¹⁰³⁴.

Igualmente, não serve para a aplicação de medida cautelar pessoal com embasamento de que necessária para a manutenção da ordem pública ou econômica, a referência ao *clamor público* emergente das ruas ou mesmo à *repercussão social* do ilícito praticado. A lição lançada pelo Ministro Celso de Mello a respeito merece o devido destaque. Ei-la¹⁰³⁵:

A prisão cautelar, em nosso sistema jurídico, não deve condicionar-se, no que concerne aos pressupostos de sua decretabilidade, ao clamor emergente das ruas, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. Esse entendimento constitui diretriz prevalecente no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que a repercussão social do delito e o clamor público por ele gerado não se qualificam como causas legais de justificação da prisão processual do suposto autor da infração penal, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne exclusivamente, ao tema da fiança criminal” (RT 598/417 — HC 71.289-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão — HC 78.425-PI, Rel. Min. Néri da Silveira — RHC 64.420-RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho, v.g.).

Nem poderia ser diferente, até porque a opinião pública é extremamente manipulável, notadamente pelos meios de comunicação, além de ser marcada pela nota do passionalismo, o que se revela extremamente perigoso, por colocar em situação de vulnerabilidade preceito constitucional de tão vital importância, como é a garantia do direito de liberdade contra qualquer espécie de restrição, seja ela detentiva ou não.

Na mesma linha de entendimento, conforme o Supremo Tribunal Federal, não se apresenta como justificativa idônea para a decretação de medida cautelar com base na ordem pública ou econômica a assertiva de que ela é necessária para a *credibilidade do poder judiciário e a respeitabilidade das instituições públicas*¹⁰³⁶.

Todavia, há decisão do Superior Tribunal de Justiça, sufragado por sua Quinta Turma, à unanimidade, no julgamento do Habeas Corpus 201001572590, que ocorreu em data de 16 de dezembro de 2010, tendo funcionado como relator o Ministro Napoleão Maia Filho¹⁰³⁷, cujo entendimento foi diametralmente o oposto, pois na ementa do acórdão restou dito que “(...) A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência”.

¹⁰³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 90936/RS, Primeira Turma. Relator Ministro Carlos Britto. Data da decisão: 03/08/2007, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

¹⁰³⁴ Cf. item 6.1.6.3, infra.

¹⁰³⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC — Processo: 80719/SP, Segunda Turma. Data da decisão: 26/06/2001, Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 4 jul. 2005.). Verificar, ainda, RTJ 112/1115, 1119, Rel. Min. Rafael Mayer; HC 80.379-SP, Rel. Min. Celso de Mello).

¹⁰³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — AgR — Processo: 89025, Segunda Turma. Relator p/ o acórdão Ministro Eros Grau. Data da decisão: 22/08/2006, Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 4 jan. 2012.

¹⁰³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 4 jan. 2012.

O curioso é que há registro, igualmente, de outra decisão, agora referente ao Habeas Corpus 90936, relatado pelo Ministro Gilson Dipp¹⁰³⁸, exarada na mesma data, ou seja, na mesma seção e com os mesmos Ministros, na qual se adotou a posição do Supremo Tribunal Federal, a fim de deixar consignado que “(...) A credibilidade do Poder Judiciário não constitui fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculada de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese...”.

Advirta-se que aqui não cabe discussão quanto aos aspectos referentes à primariedade ou aos antecedentes criminais, pois, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “A mera condição de primariedade do agente, a circunstância de este possuir bons antecedentes e o fato de exercer atividade profissional lícita não pré-excluem, só por si, a possibilidade jurídica de decretação da sua prisão cautelar” (RTJ 99/651 — RT 649/275 — RT 662/347). Do mesmo modo que a primariedade e os bons antecedentes não desautorizam a decretação da prisão preventiva, a circunstância de a pessoa não reunir esses elementos não autoriza a aplicação dessa medida extrema. A primariedade e os bons antecedentes podem, e devem, ser analisados como fundamento para a escolha da medida cautelar adequada, mas não para a decretação, em si, da medida cautelar.

De outra banda, a demonstração de que o acusado praticou reiteradas vezes os crimes pelos quais responde é bastante para configurar hipótese que justifica, com base na necessidade para a manutenção da ordem pública ou econômica, a imposição de medida cautelar pessoal. Quanto a esse tema, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 92697/CE, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski¹⁰³⁹, afirmou que “(...) A reiteração criminosa, ademais, por si só, caracteriza a ameaça à ordem pública, autorizadora da custódia cautelar.” Isso se verificava, notadamente, naqueles casos em que o crime, por não ser de maior gravidade, via de regra, ensejava a liberação do agente, porém, uma vez solto, logo ele voltava a delinquir, o que é muito comum em crimes de furto e estelionato, por exemplo.

Na chamada operação *Lava Jato*, o então juiz federal Sergio Moro decretou diversas prisões preventivas sob o fundamento de que necessárias para a evitar que os agentes continuassem na atividade delitativa, na medida em que, tratando-se de crime de lavagem de dinheiro, os recursos oriundos de atos de corrupção não tinham sido recuperados. O Supremo Tribunal Federal¹⁰⁴⁰ chancelou esse entendimento, tendo mantido diversas prisões decretadas sob esse fundamento, como foi o caso do ex-Ministro Antonio Palocci. Especificamente em relação ao ex-Ministro Palocci, preponderou a informação contida em relatório elaborado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, no sentido de que ele, mesmo recolhido à prisão, ainda vinha realizando movimentações financeiras atípicas, indicativas de atos de lavagem de dinheiro e dissimulação de valores.

A despeito dessas considerações, agora, mesmo quando a medida cautelar seja necessária para o fim de evitar a prática de novos crimes, pode ser *adequada e suficiente* uma medida cautelar diversa. Há, inclusive, espécies de medidas cautelares diversas da prisão previstas exatamente para evitar a prática de outras infrações criminais, como são os casos da *suspensão do acesso ou frequência a determinados lugares* (art. 319, II) e do *exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira* (art. 319, VI).

A imposição do recolhimento domiciliar no período noturno e, claro, a monitoração eletrônica, nesse caso, também são medidas que podem ser escolhidas, isoladas ou cumulativamente, em detrimento da prisão processual, que, como se sabe, com as novas regras, só deve ser imposta em caráter subsidiário.

¹⁰³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Acesso em: 4 jan. 2012.

¹⁰³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, mv. Data da decisão: 12/02/2008, Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 4 jan. 2012.

¹⁰⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 29 jul. 2018. Cf. ainda www.jota.info/stf/do-supremo/stf-mantem-prisao-preventiva-deantonio-palocci.

6.1.6.3. Critérios para definição (adequação) da medida cautelar pessoal

Presentes os fundamentos para a decretação da medida cautelar, que estão contemplados no inciso I do art. 282 (“necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”), diante das várias espécies de medidas agora previstas, o legislador cuidou de preceituar, no inciso II do mesmo dispositivo, regra específica para guiar os passos do intérprete quanto à seleção daquela que seja a mais adequada e eficiente para o caso.

Como se vê, são duas questões distintas: (a) a necessidade e (b) a adequação. Em relação à necessidade, discorreremos no item 6.1.4, supra, quando tratamos da excepcionalidade das cautelares, uma vez que só podem ser decretadas nas hipóteses em que presente um dos fundamentos estatuídos no art. 282, I, do CPP

Ao lado da necessidade, uma vez que agora há a possibilidade da aplicação de diversas espécies de medidas cautelares, mostrou-se pertinente estabelecer critérios normativos (art. 282, II, do CPP) a fim de orientar o juiz na definição de qual medida cautelar aplicar — se detentiva, ou não, e, se diversa da prisão, qual delas, isolada ou cumulativamente. O dispositivo está assim redigido:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – omissis

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Pela forma como redigido o caput do art. 282 (“As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:”), evidencia-se que o juiz há de sopesar os três critérios. E mais. Conquanto em princípio ele sirva para o juiz escolher se aplica uma medida detentiva ou diversa da prisão, presta-se, igualmente, para que o juiz utilize esses critérios para ponderar entre a imposição da prisão temporária ou da preventiva.

Nada obstante o esclarecimento acima, esse preceito normativo tem suscitado acirrada crítica, notadamente quanto aos dois primeiros critérios mencionados. É que o legislador deixa transparecer ter eleito como critério para a definição do tipo de cautelar a ser decretada circunstâncias que, conquanto pertinentes quando se está para julgar e aplicar a pena cabível, não se apresentam adequadas para a seleção da medida mais adequada.

De fato, o tipo da infração em si, se de maior ou menor gravidade, não serve para justificar a decretação de medida cautelar. Isso aliás, restou esclarecido quando do estudo da hipótese de decretação de medida cautelar sob o fundamento de que necessária para *evitar a prática de infrações penais ou para a manutenção da ordem pública ou econômica*¹⁰⁴¹. Se a finalidade da cautelar é garantir a ordem processual, pouco importa a qualidade do crime que está em apuração, conforme reiterados pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Em outro giro, as *circunstâncias do fato* como critério eleito pelo legislador para solucionar o processo de escolha da medida cautelar, a exame perfunctório, também parecem fora do escopo das medidas cautelares, pois não se pode, à evidência, determinar uma medida cautelar tendo em consideração *como, onde, quando e por que* o delito foi praticado. Para efeitos meramente endoprocessuais, não se vê como fundamentar uma medida de urgência com base na maior ou menor gravidade do delito ou nas circunstâncias do fato.

Mas, cabe lembrar que no inciso II do art. 282 do CPP não estão elencados os fundamentos que denotam a *necessidade* da decretação da medida cautelar, mas os *critérios* para a escolha da medida cautelar *adequada*. Portanto, esses critérios vão ser avaliados se e quando, com base no inciso I do mesmo artigo, a conclusão for no sentido de que há necessidade de aplicação de uma

¹⁰⁴¹ Cf. item 6.1.6.2.3, supra.

medida acautelatória de ordem pessoal.

Sendo este o escopo do inciso II do art. 282 do Código de Processo Penal, parece bastante razoável levar-se em consideração, ao lado da gravidade do crime, as circunstâncias nas quais o agente praticou a conduta delituosa, sem falar nas condições pessoais do agente para fins de se definir qual é a medida cautelar cabível para o caso concreto. Um exemplo, certamente, serve para melhor compreensão.

Vamos imaginar dois casos de tentativa de homicídio. No caso *A*, o agente, ao encontrar um inimigo, teria praticado o crime com o gargalo de uma garrafa que ele quebrou, para usar como arma. Já no caso *B*, o agente, querendo pegar o inimigo, teria comprado uma arma de fogo e preparado toda a ação criminosa. Se a cautelar, em ambos os casos, for aplicada com suporte no fundamento de sua necessidade para evitar a prática de crimes ou a manutenção da ordem pública, é mais do que pertinente que as circunstâncias de cada um dos fatos sejam observadas, a fim de que escolhida a medida mais adequada para o caso.

Pode ser que, em relação ao primeiro caso exemplificado, o *A*, diante das circunstâncias do fato, aliadas às condições pessoais do acusado, seja bastante e suficiente a imposição de uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão. De outra banda, em relação ao caso *B*, com suporte nos mesmos elementos, pode-se ter a justificativa para a aplicação da medida cautelar mais drástica, exatamente a prisão.

O que parece ser evidente é a necessidade, sempre e sempre, de levar-se em consideração, para fins de definição da medida cautelar a ser aplicada, as condições pessoais do acusado e que, ademais, esse aspecto deve preponderar em relação à *gravidade do crime e às circunstâncias do fato*.

Por conseguinte, em que pese a circunstância de o acusado ser primário ou reincidente, ter bons ou maus antecedentes não ser fundamento para a decretação de cautelar criminal, seja ela detentiva ou não, esses dados devem ser associados às condições pessoais do agente, a fim de serem levados em consideração para a conclusão quanto à medida que é *adequada e suficiente*. Note-se que a jurisprudência, conquanto tenha afastado a circunstância em si de o agente ser primário, possuir residência fixa, estudar, trabalhar ou não como fundamento para a prisão preventiva, não descartou a necessidade de cotejar esses elementos com os fundamentos para a decretação da medida cautelar.

Assim, nos termos do art. 282, inciso II, do CPP, devem ser levadas em consideração as circunstâncias pessoais do agente, a gravidade do crime e as circunstâncias do fato a fim de que seja definida a medida cautelar mais adequada e suficiente para o caso em estudo. Esses elementos, porém, não se prestam para substituir nenhum dos fundamentos insertos no inciso I do art. 282 do CPP.

6.1.7. Princípio acusatório e legitimidade para o requerimento de medida cautelar pessoal

Decerto que, em se tratando de medida cautelar, de natureza processual, só o juiz poderá decretá-la, independentemente de sua espécie, como deixa patente a primeira parte do § 2º do art. 282 do CPP, incluído pela Lei nº 12.403, de 2011. Aliás, a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que em relação à prisão vigora o princípio da *reserva de jurisdição*, pelo que apenas o juiz, no exercício de atividade jurisdicional, pode decidir sobre a restrição do direito de liberdade.

Mas, até a vinda a lume da Lei nº 12.403, de 2011, coerente com o modelo inquisitivo do CPP de 1941, o juiz podia decretar a prisão preventiva de ofício, na fase da investigação ou do processo. Com a introdução do § 2º no art. 282 do CPP, incluído pela Lei em referência (“As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante

requerimento do Ministério Público”), em obséquio ao sistema acusatório, houve importante modificação em relação à regra anterior.

Não fosse o que consta da parte final da norma em exame, poder-se-ia pensar que, quanto à legitimidade para requerer e decretar a prisão processual não teria havido nenhuma inovação em relação ao regramento originário do CPP. Porém, houve modificação, sim, e substancial.

Merece atenção que a proposta encaminhada pela Comissão de Reforma estava assim redigida: “As medidas cautelares serão decretadas de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial.” O Art. § 2º do art. 282 do CPP, todavia, foi aprovado pela Lei nº 12.403, de 2011, com a seguinte redação: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.”

Comparando o texto proposto com o que, enfim, restou aprovado no parlamento, nota-se significativa alteração em relação à ideia original¹⁰⁴².

A leitura atenta do art. 282, § 2º, do CPP leva à conclusão de que o dispositivo contemplava duas situações distintas: (i) medida cautelar preparatória e (ii) medida cautelar incidental, requerida e deferida no curso do processo judicial.

Sendo o caso de *cautelar preparatória*, em que pese tenha persistido a anomalia de se conferir legitimidade à autoridade policial para requerer a medida, não se admitiu, mais, que fosse decretada, de ofício, pelo juiz.

Na época, já foi, inegavelmente, um grande avanço. De outra banda, com suporte na justiça restaurativa, acertadamente, o ofendido passou a ter legitimidade para requerer a aplicação de medida cautelar de ordem pessoal, desde que postulada na fase do processo, seja ela de caráter detentivo, ou não, muito embora o mais adequado era que essa capacidade postulatória fosse assegurada, igualmente, em relação à de caráter preparatório.

Agora, com a redação emprestada pela Lei nº 13.964, de 2019, restou consolidado o sistema acusatório quanto às medidas cautelares de ordem pessoal, não sendo mais permitido ao juiz decretar a prisão ou medida cautelar diversa de ofício, ainda que na fase processual, pois, consoante a redação atual do § 2º do art. 282 do CPP, “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou media requerimento do Ministério Público”.

Note-se que não se faz distinção em relação à espécie de medida cautelar, se detentiva ou diversa da prisão. Por conseguinte, tem-se que nem mesmo a cautelar diversa da prisão pode ser decretada de ofício pelo juiz, pouco importa se na fase da investigação ou processo.

Mas, se em relação à vedação quanto à decretação de qualquer medida cautelar de ordem pessoal de ofício não há distinção entre a imposição como medida preparatório ou no curso do processo, o mesmo não se diga em relação aos legitimados para a postulação.

Seguindo a ordem de como a questão foi tratada na norma em destaque, cabe apreciar, primeiro, a legitimidade referente à medida cautelar incidental.

6.1.7.1. Medida cautelar incidental

A primeira parte da norma jurídica em foco se ocupa da medida cautelar incidental. Note-se que, na redação anterior do § 2º do art. 282, eram previstas duas hipóteses de decretação da medida cautelar pelo juiz: (a) de ofício e (b) a requerimento das partes. O legislador havia se preocupado em compatibilizar o princípio acusatório com o do impulso oficial, permitindo, quando já em curso o processo, que o magistrado, diante da situação, independentemente de requerimento,

¹⁰⁴² Em consonância com esse dispositivo, a fim de afastar qualquer dúvida em relação à inovação promovida em nosso sistema jurídico, o legislador cuidou de preceituar, no art. 311 do CPP, que “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente ou por representação da autoridade policial”.

motu proprio, decidisse impor uma das espécies de medidas cautelares, inclusive a prisão.

A manutenção do poder geral de cautela nas mãos do juiz foi alvo de acirrada crítica por grande parte da doutrina, especialmente dos doutrinadores que possuem visão mais radical do princípio acusatório.

A respeito, importa lembrar a crítica dirigida aos incisos I e II do art. 156 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008, diploma que faz parte da Reforma Tópica do sistema processual aqui em análise. Ao abordar essa questão no item 5.1.8.1, *supra*, deste livro, corroboramos com a crítica apenas em relação ao inciso I do art. 156 do CPP, uma vez que ali se permite ao juiz que, de ofício, determine a produção antecipada de provas, antes de iniciado o processo.

Todavia, em princípio, não endossamos, a crítica quanto ao inciso II do mesmo artigo, sob o argumento de que o impulso oficial, nesse caso, seria o equilíbrio necessário entre os princípios acusatório e da verdade material. Mas, já na terceira edição deste livro, pontuamos que o inciso II do art. 157 do CPP merece ser lido com *grano salis*, pois, em princípio, ademais de incompatível com o sistema acusatório, tergiversa com o princípio da presunção de não culpabilidade¹⁰⁴³.

Mantendo a coerência com o pensamento aqui lembrado em relação à produção, de ofício, de provas no curso do processo, parece acertada a vedação da decretação de medida cautelar incidental de ofício, na medida em que esse *poder geral de cautela* do magistrado se apresenta incompatível com a sedimentação do sistema acusatório.

Quanto às pessoas legitimadas para requerer a decretação de medida cautelar incidental, não houve alteração e, conforme expresso na norma em exame, são apenas as *partes*, merecendo, de certa forma, aplauso por ter feito uso de terminologia própria de um processo vazado no sistema acusatório. Note-se que *partes*, no sentido técnico-processual penal, são o Ministério Público, o querelante, o assistente, se houver, e a defesa.

E aqui o legislador acertou a mão ao inovar na matéria, para incluir dentre os legitimados para requerer medida cautelar incidental tanto o querelante quanto o assistente, especialmente este. Como anotado entre os aspectos centrais da reforma tópica/global do Código de Processo Penal, o conjunto de propostas apresentado ao parlamento tinha em mira, ademais de outras intenções nobres, em obséquio ao *princípio da justiça restaurativa*, conferir maior proteção e assistência ao ofendido, assim como espaço institucional para que ele busque a satisfação de seus interesses.

Esse dispositivo teve o condão de inovar em relação ao art. 271 do Código de Processo Penal, alargando a participação do assistente na seara criminal, assim como se verá mais adiante, no item 6.1.7.3, *infra*.

Todavia, o legislador cometeu senões ao redigir a norma. Há de convir-se que, como qualquer tipo de medida cautelar importa em restrição, ainda que parcial e ténue, do direito de liberdade, a parte legitimada para requerer algum tipo de medida cautelar é, apenas, aquela que ocupa o polo ativo da relação processual. Aqui, sim, melhor teria agido o legislador caso tivesse, expressamente, feito a referência, no § 2º do art. 282 do CPP, apenas ao Ministério Público, ao assistente e ao querelante, como procedeu ao redigir o 4º do mesmo artigo¹⁰⁴⁴.

Conforme expendido no item 6.1.2, *supra*, a própria defesa pode, muito bem, ter o interesse em que haja a substituição de uma medida cautelar por outra, daí por que o correto, na redação do § 4º do art. 282, teria sido o legislador, ao invés de restringir os legitimados para fazer esse tipo de pedido ao Ministério Público, ao assistente e ao querelante, ter conferido esse direito, igualmente, à defesa, daí por que o certo teria sido a utilização da expressão *partes*.

Inexplicavelmente, no momento em que o legislador deveria ter, tecnicamente, mencionado como legitimados apenas quem eventualmente ocupa o polo ativo da relação processual, que era no § 2º do art. 282 do CPP, cometeu o senão de falar em *partes*, ao passo que, no local no qual deveria fazer menção às partes, a fim de incluir igualmente a defesa dentre os

¹⁰⁴³ Cf. item 5.1.8.1, *supra*.

¹⁰⁴⁴ Cf. item 6.1.2, *supra*.

legitimados para o pedido (§ 4º do art. 282 do CPP), fez referência só ao Ministério Público, ao assistente e ao querelante.

Tanto isso é verdade, que o legislador da Lei nº 12.403, de 2011, para sistematizar o CPP com a inovação operada pelo art. 282, §§ 2º e 4º, promoveu a alteração do art. 311 do Diploma Legal em referência. Essa coerência foi mantida pela Lei nº 13.964, de 2019, que alterou os §§ 2º e 4º do art. 282 e o art. 311, todos do CPP, apenas para adequar os dispositivos ao princípio acusatório. No ponto, o art. 311 do CPP, com a redação emprestada pela Lei nº 13.964, de 2019, esclarece que “Em qualquer fase da investigação policial do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Note-se que a diferença entre o conteúdo da norma do art. 311 em relação ao do art. 282, § 2º, ambos do CPP, reside exatamente pelo circunstância de o legislador ter sido mais cioso inadvertidamente procedeu no art. 282, § 2º, mas apenas ao Ministério Público, ao querelante e ao assistente.

Nota de fundamental importância, aqui, é que, dentre os legitimados para requerer medida acautelatória no curso do processo, não está incluída a autoridade policial. O detalhe técnico-processual merece a devida atenção e aplauso, pois se, como exposto mais adiante, a autoridade policial detém legitimidade para pedir a decretação da prisão preventiva se e enquanto estiver em curso a investigação criminal, ou seja, durante a fase do inquérito policial, não se mostra razoável que essa *capacidade processual* seja reconhecida quando já iniciado o processo.

Isso porque, em rigor, pode-se dizer que o *jus perseguendi* manifesta-se, conforme seja a situação ou o estágio desse agir, por atores distintos. Na fase pré-processual, de regra, essa atribuição é conferida à autoridade policial, que cuida da instauração, direção e conclusão do inquérito policial, atividade eminentemente administrativa. Concluída essa etapa, o *jus perseguendi*, a ser deduzido perante o Judiciário, é conferido ao Ministério Público, que é o órgão estatal ao qual atribuída *capacidade postulatória* para atuar em Juízo.

Aliás, em todo e qualquer sistema acusatório, como passou, a partir de 1988, a ser o nosso, não tem sentido nenhum atribuir à autoridade policial legitimidade para pedir, quando já concluído o inquérito policial, a prisão preventiva ou mesmo a aplicação de uma medida cautelar diversa. Até porque, sendo o Ministério Público o titular da *ação principal*, como é próprio da processualística, também o é da *ação cautelar* correspondente.

Não é razoável, portanto, que a autoridade policial, tendo encerrado o seu mister, possa *postular e intervir* dentro de uma relação processual na qual, antes de tudo, não é parte. Seria uma interferência inadmissível em nosso sistema.

Todavia, o art. 13 do CPP, ao disciplinar o que a doutrina denomina *atribuições remanescentes* da autoridade policial, ou seja, que subsistem mesmo após a conclusão do inquérito policial, menciona, no inciso IV, “representar acerca da prisão preventiva”¹⁰⁴⁵. Mas, mesmo antes da nova redação conferida para o art. 282, § 2º, do CPP, já defendíamos que, sem embargo do disposto na norma em referência, a legitimidade para pedir a decretação da prisão preventiva pela autoridade policial só tinha sentido quando a medida fosse imprescindível para viabilizar o trabalho desenvolvido na fase do inquérito.

Assim, não tinha razão de ser a praxe de a autoridade policial, ao encerrar o seu trabalho e enviar os autos para o Judiciário ou para o Ministério Público, por meio de representação, invariavelmente embutida no relatório, encaminhar pedido ao juiz, solicitando a decretação da prisão do indiciado¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁵ Conforme o art. 13 do CPP, as atribuições remanescentes da autoridade policial são: (a) fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; (b) realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; (c) cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias; (d) representar a prisão preventiva.

¹⁰⁴⁶ O Conselho Nacional de Justiça, no Plano de Gestão das Varas Criminais e de Execução Penal, com suporte no princípio acusatório, orientou os juizes a adotar o sistema de tramitação direta do inquérito entre os órgãos da polícia e do Ministério Público (Cf. www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/plano-gestao-varas-criminais).

Se assim já pensava, agora, com a mudança normativa, não há mais o que discutir. Como se verá no item seguinte, a legitimidade da autoridade policial para *representar/requerer* a decretação de medida cautelar ficou reservada, apenas, ao momento da atividade investigatória preparatória do processo, o que, em certa medida, ainda é um resquício do sistema misto/inquisitivo, pois, mesmo nessa situação, está sendo reconhecida à autoridade policial capacidade postulatória para provocar a jurisdição, que não pode proceder de ofício.

6.1.7.2. Medida cautelar preparatória

Desde a inclusão do § 2º do art. 282 do CPP pela Lei 12.403, de 2011, mais precisamente na sua segunda parte, que trata da medida cautelar preparatória, não se fez referência a sua decretação de ofício e, por outro lado, conferiu-se legitimidade para a postulação nesse sentido apenas ao Ministério Público, por meio de *requerimento*, e à autoridade policial, mediante *representação*. Essa ideia, como se viu acima, foi mantida pela Lei nº 13.964, de 2019.

Como se nota, o legislador, conquanto não tenha atribuído legitimidade à autoridade policial para requerer medida cautelar incidental, tergiversou com o sistema acusatório, para permitir a sua atuação quando se trata da fase preparatória, ainda que, por puro eufemismo, ao invés de falar em *requerimento*, tenha se referido a *representação*.

De toda sorte, mesmo tendo utilizado a nomenclatura *representação*, o que o legislador fez foi manter a nossa tradição de reconhecer à autoridade policial o direito de pedir, ao juiz, a decretação da prisão, o que, por linhas transversas, é o mesmo que conferir-lhe legitimidade para propor ação cautelar, ainda que a titularidade para a ação principal só seja reconhecida ao Ministério Público.

Esse tratamento normativo conflita com o art. 129, I, da Constituição, na medida em que se insere dentre as funções institucionais do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. A lei fala indistintamente em ação penal, o que abrange a petição inicial, quando o crime desafia ação penal pública incondicionada ou condicionado e, de permeio, toda e qualquer outra espécie de forma de provocação ao judiciário, como é o caso das ações cautelares, da qual a prisão ou medidas diversas da detenção são espécies.

Note-se que, para todos os efeitos, esse pedido feito pela autoridade policial sob a forma de *representação*, mesmo ainda na fase pré-processual, reproduz a cultura do processo misto/inquisitivo, pois quem deve possuir legitimidade para tanto é quem detém a capacidade postulatória, no caso, o Ministério Público. É o órgão ministerial quem detém o *jus perseguendi* perante o Judiciário, pelo que não é coerente que seja conferido à autoridade policial postular em juízo, mesmo que a pretexto de tutelar a sua atividade investigatória.

Caso a autoridade policial entenda necessária a determinação de uma medida cautelar para auxiliar o seu trabalho, seria o caso de encaminhar o assunto para o Ministério Público, que é o titular do direito de ação no processo principal, ficando aos cuidados deste analisar se é o caso, ou não, de fazer a solicitação ao Judiciário.

Ademais, não se pode perder de vista que o *jus perseguendi* em si é uno, havendo, apenas, a divisão de atribuições entre dois órgãos distintos, a polícia e o Ministério Público, aquela com a incumbência de realizar os atos investigatórios anteriores e necessários à judicialização do assunto, enquanto este com a capacidade postulatória para desenvolver, se for o caso, o *dever-poder de exercício da persecução criminal* perante o Judiciário.

A autoridade policial trabalha na investigação, portanto, para fornecer ao Ministério Público os elementos indiciários e elementos probatórios necessários para que este possa dar continuidade à persecução criminal perante o Judiciário, na medida em que o Ministério Público é o *dominus litis* do processo principal.

Porém, infelizmente, mesmo o legislador da Lei nº 13.964, de 2019, preferiu manter a nossa tradição, que reflete a *cultura do sistema misto-inquisitivo*, de atribuir à autoridade policial verdadeira capacidade postulatória, tal como ocorre em relação ao pedido de busca e apreensão,

interceptação telefônica, quebra de sigilos fiscal e bancário.

Pena que não se avançou nessa matéria, a fim de vedar à autoridade policial capacidade postulatória em relação a qualquer tipo de medida cautelar, seja ela detentiva, ou não. Lamenta-se, ainda, a circunstância de o legislador não ter mantido coerência com a Lei nº 7.960, de 1989, na parte em que, a par de conferir essa legitimidade anômala, dispõe que, “Na hipótese de representação da autoridade policial, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.” (art. 2º, § 1º).

Esse preceito deveria ter sido estabelecido como regra geral para todo e qualquer tipo de medida cautelar incidental. Ora, se a investigação levada a cabo pela autoridade policial tem como finalidade fornecer ao Ministério Público os elementos probatórios relativos à materialidade e à autoria, necessários para o oferecimento da ação penal, quando aquela entender que é o caso de restringir o direito de liberdade do investigado por meio da imposição de medida cautelar de ordem pessoal detentiva ou diversa da prisão, nada mais óbvio do que se ouvir, previamente, o maior interessado nessa medida, no caso, o *parquet*.

Pode ser, e não é tão raro isso acontecer, que o Ministério Público, ao se pronunciar, seja contrário à medida cautelar solicitada, ou, então, entenda que é suficiente e adequada, ao invés da prisão, apenas a imposição de medida cautelar diversa. Muitos magistrados, mesmo no silêncio da lei, adotam, acertadamente, a praxe de providenciar, quando a solicitação de medida cautelar é feita pela autoridade policial, a prévia oitiva do Ministério Público¹⁰⁴⁷. Outros, mais ortodoxos, entendem que essa oportunidade deve ocorrer, apenas, no caso de expressa determinação legal.

Diga-se mais: em obséquio ao sistema acusatório, se o *parquet*, que é o titular do direito de ação, disser que não há necessidade da providência, o juiz não deve determiná-la. Se assim não for, não se pode dizer que se está em um sistema acusatório, modelo que as sucessivas Reformas Tópicas do processo penal teve em mira sedimentar¹⁰⁴⁸.

Se a manifestação do Ministério Público for favorável, não é preciso dizer, o juiz não está vinculado, porquanto, no sistema acusatório, aquele é parte, servindo o seu posicionamento apenas para materializar o seu interesse na medida. Nada mais do que isso. Mas, entretanto, essa manifestação de interesse do Ministério Público quanto à medida cautelar é *conditio sine qua non* pode o juiz deferi-la, sob pena de o Judiciário impor providência em prol da pretensão, sem que o legitimado para exercer a *jus persequendi* na fase processual entenda que ela é necessária.

O que se quer dizer é que, para todos os efeitos, no sistema acusatório, o deferimento pelo juiz de solicitação de medida cautelar preparatória formulada pela autoridade policial, sem que o Ministério Público, antes da decisão, tenha respaldado o querer, é igual à determinação de ofício.

A esse respeito, cabe repetir que com a nova disciplina emprestada à matéria das medidas cautelares pessoais preparatórias, não há referência quanto à possibilidade de o juiz, de ofício, determinar a medida.

Veja-se que, no ponto, não há coerência sistêmica com o regramento a respeito da prisão temporária, que é um *minus* em relação à preventiva¹⁰⁴⁹. Com efeito, nos termos da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos casos em que a solicitação da prisão temporária é feita pela autoridade policial, antes de decidir, o juiz precisa ouvir previamente o Ministério Público.

6.1.7.3. Ofendido (Assistente)

Conforme salientado no início do livro, dentre os aspectos centrais da Reforma Tópica do

¹⁰⁴⁷ Essa orientação é adotada por magistrados, especialmente, em casos de busca e apreensão, quebras de sigilo bancário e fiscal. Como salientado, cremos que, em todas as hipóteses de medida cautelar solicitada diretamente pela autoridade policial, o juiz deve, antes, possibilitar a oitiva do Ministério Público.

¹⁰⁴⁸ Cf. item 3.2.2.2, supra. É comum a autoridade policial pedir audiência ao juiz, para explicar a necessidade do deferimento de pedido/solicitação/representação de algum tipo de medida cautelar. Nesses casos, o mais correto seria, antes, a autoridade policial procurar o Ministério Público, pois, com o pronunciamento deste em sentido contrário, no cenário do sistema acusatório, o juiz não deve decidir favoravelmente.

¹⁰⁴⁹ Cf. item 6.2.6, infra.

Código de Processo Penal, merece destaque a preocupação em conferir maior proteção e à vítima ou ofendido, procurando a satisfação de seus interesses, notadamente em relação à indenização pelos danos sofridos com a ação ilícita¹⁰⁵⁰.

Na Reforma de 2008 essa preocupação se fez sentir com as alterações relativas ao *ofendido*. O ofendido ou vítima, seguindo as diretrizes da *justiça restaurativa*, passa a ter participação mais ativa no processo penal. Tratado na ideia original do CPP mais como espécie de prova do que como sujeito de direitos na relação processual, com as modificações alvitadas mercê da Reforma Tópica, o ofendido passou a ter participação mais ativa no processo penal, a ponto de ser-lhe conferido o direito, ainda que não esteja habilitado nos autos por meio de assistente, de ser intimado dos atos processuais estimados pelo legislador como mais importantes, quais sejam, referentes à comunicação da prisão e da soltura do acusado, da data da audiência de instrução e julgamento, assim como da sentença e dos respectivos acórdãos, seja mantendo-a ou reformando-a (art. 201, § 2º, do CPP), assim como o direito a *atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado* (art. 201, § 5º, do CPP)¹⁰⁵¹.

Acontece que a capacidade postulatória do ofendido, quando se trata de ação penal de iniciativa pública, que é a regra, se faz sob o *nomen juris* de assistente, por intermédio de advogado. O Assistente, assim, é o ofendido habilitado nos autos por meio de advogado contratado para, em seu nome, postular perante o juiz no processo criminal, auxiliando o Ministério Público, que é o *dominus litis*.

Quando da feitura do CPP, ao se atribuir a titularidade da ação penal ao Ministério Público, muito se questionou se, mesmo assim, haveria de ser reconhecida a possibilidade de o ofendido participar, por meio de advogado, do processo criminal, uma vez que, em rigor, o órgão ministerial, a um só tempo, representa os interesses da vítima imediata, o ofendido, e da mediata, a sociedade em geral.

Nos debates, a par de duas posições extremadas, uma admitindo e outra não a participação do ofendido, preponderou posição eclética, no sentido de permitir a intervenção do ofendido, porém, de modo restritivo, apenas e tão somente, para os fins do art. 271, caput, do Código de Processo Penal, ou seja, para a prática de atos expressamente previstos, os quais se resumiriam a: (a) propor meios de prova; (b) requerer perguntas às testemunhas; (c) participar do debate oral e; (d) arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º e 598 do CPP¹⁰⁵².

Essa posição conciliadora adotada em nosso sistema tinha como fundamento a admissão do ofendido no processo, sob a forma de assistente, apenas com a finalidade de preservar o interesse quanto aos efeitos civis de uma eventual condenação. Por isso mesmo, a doutrina e a jurisprudência majoritária tinham o entendimento de que o assistente não tinha legitimidade para pedir a prisão do indiciado ou acusado.

Isso era um puro eufemismo, pois, em verdade, quando o ofendido ou sua família contrata um advogado para que se dê a sua intervenção, na qualidade de assistente, no processo criminal, o seu interesse é que se faça *justiça*, ou melhor, a pessoa seja condenada e presa, não necessariamente nessa ordem. Esse estado de coisa estava a exigir visão mais alargada da questão, de modo que a solução encontrada para o problema criminal por meio do Judiciário possuía mais legitimidade, a ponto de termos, anteriormente, afirmado¹⁰⁵³:

A esse respeito, registre-se que um dos maiores desafios do processo penal reside, justamente, no resgate de sua legitimidade, especialmente em relação à vítima, que é, ainda hoje, a grande

¹⁰⁵⁰ Cf. item 3.2.2.6, supra.

¹⁰⁵¹ Para não se repetitivo, veja-se, a respeito, o que aqui se falou nos itens 3.2.2.6 e 5.1.8.4, supra.

¹⁰⁵² O art. 271, caput, está assim redigido: "Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598".

¹⁰⁵³ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 608.

esquecida do sistema criminal. Se é certo que a finalidade do processo não é atender aos fins dos governantes, porém aos lúdimos interesses da sociedade, até porque, em *ultima ratio*, a atividade jurisdicional é uma das manifestações do poder político que, embora exercida pelo juiz na qualidade de membro do Poder Judiciário, pertence e deve ser desempenhada em nome do povo, não se pode perder de vista a necessidade de que a resposta como resultado final do processo, na medida do possível, não se descure em satisfazer o sentimento de justiça da vítima.

Com o que se acabou de dizer não se pretende asseverar que o interesse da vítima seja atendido, porém, que, em consonância com um sistema democrático, com a garantia do amplo acesso à justiça, não se pode impedir o ofendido de falar nos autos, no sentido de postular o que ele acha de direito. Essa é uma das bandeiras do movimento além-fronteiras denominado *justiça restaurativa*, o qual propõe a reforma dos sistemas criminais, no escopo de que a vítima seja vista como parte interessada e sob a perspectiva de acesso à justiça em sua essência, que abrange a adoção de medidas protetivas para que não sofra mais violências ou seja tratada dos traumas advindos decorrentes do fato criminoso.

Na esteira desse pensamento, a Lei nº 12.403, de 2011, incluiu o assistente dentre os legitimados para o requerimento de toda e qualquer medida cautelar (art. 282, § 2º), inclusive a prisão preventiva (art. 311 do CPP), mas, apenas, na fase processual.

Com efeito, consoante a redação da Lei nº 12.403, de 2011, o § 2º do art. 282 do CPP dizia que “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. Já o art. 311 também do CPP, no mesmo passo, especificamente quanto à prisão preventiva, estabelecia que “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Nas edições anteriores deste livro, lançamos críticas a esse tratamento normativo dado pela Lei nº 12.403, de 2011, em razão da circunstância de nos dois dispositivos a legitimidade para o pedido de medida cautelar pelo assistente ter sido restrita às de natureza incidental, no cudo processo, sendo vedada, portanto, quando da fase investigativa.

Isto é, na fase da investigação não fora prevista a possibilidade de o ofendido pedir, perante o Judiciário, a aplicação de medida cautelar de ordem pessoal, seja ela detentiva ou não.

Esse tratamento normativo não se mostra coerente porque, especialmente quando se trata de agressão de gênero, a vítima sofre ameaça para não comunicar os fatos à autoridade policial. Quando a pessoa supera a barreira do medo e procura a polícia para registrar as agressões, assim procede por acreditar que o agressor será contido, sem poder dela se aproximar para fazer-lhe algum mal. O direito da pessoa agredida não pode se circunscrever à possibilidade de comunicar os fatos à autoridade policial, até porque pode ser que esta ou o mesmo o Ministério Público, quando ciente da situação, entenda que não é o caso de pedir a prisão ou a imposição de alguma medida restritiva.

Esse estado de coisas leva à seguinte indagação: E aí, nessa hipótese, o ofendido não tem o direito de ação para pedir diretamente ao juiz a decretação de uma medida cautelar de ordem pessoal? Ora, negar esse direito é o mesmo que sonegar ao ofendido o direito de *acesso à justiça*, cláusula universal dos sistemas jurídicos democráticos. Observe-se que a possibilidade de pedir essas cautelares é mais importante ainda do que o ajuizamento da ação penal perquirindo a condenação, pois, não raro, se tratam de medidas emergenciais indispensáveis para proteger o direito à vida e à integridade física.

Negar-lhe o direito de solicitar qualquer tipo de medida protetiva que, em alguns casos, pode ser até mesmo a prisão preventiva, tem como consequência deixar a pessoa agredida é o mesmo que deixá-la sem voz, à mercê da sanha de seu algoz, quando a autoridade policial ou o Ministério Público não tomam essa iniciativa, deixá-la.

De mais a mais, note-se que quem geralmente toma a iniciativa de solicitar, especialmente

à autoridade policial, alguma medida contra o investigado, indiciado ou acusado é o ofendido, invariavelmente motivado pela necessidade de manutenção de sua segurança.

Isso é bastante frequente, por exemplo, em caso de agressão física entre cônjuges. Não raro, devido a essa preocupação do ofendido/vítima, a autoridade policial, quando acha pertinente, faz a representação. Na hipótese em que a autoridade policial não se anima em fazer a representação, o ofendido, insista-se, não pode ficar sem voz, sem legitimidade para postular diretamente ao juiz.

Aqui vale a máxima de que a todo direito material, pelo *princípio da inafastabilidade da prestação da atividade jurisdicional*, correspondente o respectivo direito de ação, ou seja, buscar a sua proteção perante o Judiciário.

Agregue-se, ainda, que, em obséquio ao princípio da justiça restaurativa, era chegada a hora de conferir voz ativa ao ofendido igualmente quanto à postulação de medidas cautelares preparatórias, até porque, via de regra, é nesse momento em que, nos crimes de violência, está mais iminente a ocorrência de novas agressões, notadamente nos casos de ordem familiar.

Assim, a despeito da dicção normativa empregada na segunda parte do § 2º do art. 282, a interpretação sistemática leva à conclusão de que, mesmo no caso de a apuração do fato criminoso estar ainda sendo objetivo de investigação, na fase pré-processual, o ofendido, quando a autoridade policial não se digna em representar pela decretação de medida cautelar de ordem pessoal, pode, por intermédio de seu advogado, assumindo, assim, a figura de assistente, postular nesse sentido perante o Judiciário.

Aliás, a interpretação aqui sustentada se impõe, até porque esse é o tratamento dispensado pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Veja-se que, conforme previsão expressa na chamada Lei Maria da Penha, “As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida” (art. 19, caput).

No ponto, não se atribui legitimidade à autoridade policial para representar ou pedir, a medida protetiva, mas à mulher ofendida ou agredida, juntamente com o Ministério Público. Quando muito, corretamente, entre as atribuições cometidas à autoridade policial em caso de violência doméstica e familiar, está o de remeter ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o pedido da ofendida quanto à concessão de medidas protetivas de urgência.

O Lei nº 13.964, de 2019, de forma paradoxal, resolveu, em parte essa questão. Na nova redação emprestada ao § 2º do art. 282, o legislador cuidou, apenas, de excluir do texto a possibilidade de o juiz, em qualquer hipótese, seja na fase da investigação ou do processo, poder decretar de ofício qualquer tipo de medida cautelar de ordem pessoal.

Acontece que a Lei em foco, ao conferir nova redação para o art. 311 do CPP, ademais de ajustar o texto para suprimir a possibilidade de o juiz decretar de ofício a prisão preventiva, teve a acuidade, no ponto, de dizer que “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Sendo mais claro, as interpretações literais da segunda parte do § 2º do art. 282 e do art. 311, ambos do CPP, leva o exegeta a concluir que, quando se trata de pedido de prisão preventiva, o ofendido tem legitimidade para ofertá-lo tanto na fase da investigação quando da processual, todavia, de outra banda, paradoxalmente, no caso de medida diversa da prisão, que é um *minus* em relação à detentiva, só poderá acionar o judiciário se for no curso do processo.

A incongruência normativa é patente, não sendo razoável essa interpretação, até porque firmada apenas no que dizem literalmente os dispositivos em causa, técnica de compreensão das normas refutada pela doutrina como suficiente para extrair os seus conteúdos¹⁰⁵⁴.

Em suma, cabe arrematar que a interpretação sistemática leva à conclusão de que ofendido

¹⁰⁵⁴ Na clássica arte da interpretação Carlos Maximiliano, após ressaltar os métodos mais conhecidos de interpretação, salienta que no *meio termo* está a virtude, pois “*os vários processos complementam-se* reciprocamente, todos os elementos contribuem para o descobrimento da verdade e maior aproximação do ideal da verdadeira justiça” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 9. ed./2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 127)

tem legitimidade para pedir ao Judiciário a concessão de medida cautelar de ordem pessoal detentiva ou diversa da prisão.

6.1.8. Crimes nos quais cabível a medida cautelar pessoal

A fim de dissipar dúvidas, o legislador se ocupou em ressaltar que, independentemente da espécie, a medida cautelar somente será cabível nos casos em que isolada, cumulativa ou alternativamente a pena prevista para o crime seja privativa de liberdade (art. 283, § 1º: “As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.”).

Evidentemente, essa norma, apesar de estampada no § 1º do art. 283, cujo caput trata da prisão, está direcionada para as medidas cautelares diversas da prisão, pois o inciso I do art. 313 do CPP leva à conclusão de que, de regra, a cautelar sob a espécie de prisão preventiva só pode ser decretada quando a pena máxima prevista para o crime for superior a quatro anos¹⁰⁵⁵. E ainda, o comando normativo em destaque não se aplica à prisão temporária, pois, nesse caso, não basta que o crime seja doloso e a pena superior a 4 (anos), mas que ele seja um daqueles que compõe o rol estampado nas alíneas do inciso II do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989¹⁰⁵⁶. Desse modo, em verdade, temos três critérios distintos: (a) o do art. 283, 1º, referente às medidas cautelares diversas da prisão, no qual se exige, apenas, que seja prevista pena privativa de liberdade; (b) o do art. 313, I, pertinente à prisão preventiva, que exige ser o crime doloso e a pena de privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos; (c) o do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, que exige ser o crime um daqueles elencados em suas alíneas.

Quanto à regra do art. 283, § 1º, do CPP, o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica foi bastante coerente, apesar de atécnico, pois deveria ter tratado do assunto no art. 282, local no qual traçou os princípios e regras gerais aplicáveis às medidas cautelares.

Feita essa consideração, note-se que as medidas cautelares diversas da prisão foram trazidas para o nosso ordenamento como alternativas à decretação da prisão preventiva ou temporária. Portanto, se o crime cometido é daqueles para os quais não é prevista, sequer, a pena de prisão, não há de falar-se, nesse caso, na admissibilidade de qualquer tipo de medida cautelar, razão pela qual, em princípio, só deve ser admitida quando o preceito secundário do tipo contemplar a pena de privação do direito de liberdade.

De qualquer sorte, a interpretação sistêmica dos arts. 283, § 1º e 313, ambos do CPP, conduz à conclusão de que aquele estabelece regra geral para todas as medidas cautelares, porém, diante do que dispõe este, ela não se aplica à prisão preventiva, que possui normas específicas e, muito menos, à prisão temporária que, nesse aspecto, é inteiramente regida por lei especial.

Em outras palavras, às medidas cautelares diversas da prisão não se aplica o art. 313 do CPP, de modo que elas podem ser determinadas mesmo em casos nos quais a pena máxima do crime em apuração não supera quatro anos. Por outro lado, a medida cautelar prisional, de regra, só é admissível quando se tratar de crime cuja pena abstrata máxima for superior a 4 (quatro) anos. Por fim, em relação à prisão temporária, vigora o princípio da tipicidade, ou seja, a sua admissibilidade diz respeito apenas aos crimes apontados na lei especial.

6.2. Medida cautelar detentiva: detenção/prisão em flagrante e prisão processual no direito constitucional

Conforme revela o exame do Direito Comparado, os contornos referentes à prisão determinada antes ou no curso do processo sempre ensejaram preocupações especiais. Os ordenamentos jurídicos democráticos, que gravitam em torno dos direitos fundamentais, partindo

¹⁰⁵⁵ Cf. item 6.2.5.1.1, infra.

¹⁰⁵⁶ Cf. item 6.2.6.1, infra.

da premissa de que o direito criminal deve ser mínimo, de modo que deve incidir apenas nos casos em que os demais ramos do direito não possuem resposta suficiente para o comportamento ilícito, estabelecem como estandarte a preservação da liberdade, fazendo uso da prisão, até mesmo como forma de pena, para as situações em que não for suficiente ou adequada outra solução.

A despeito dessa consideração, desde os primeiros fragmentos da normatização dos direitos essenciais à condição humana houve a preocupação em edificar barreiras quanto ao uso da prisão. Com efeito, as delimitações quanto à aplicação da prisão se fizeram sentir já na Magna Carta inglesa de 1215, imposta pelos barões contra o Absolutismo do Rei João Sem Terra, com a consignação de que “Nenhum homem livre será detido ou preso..., senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.”¹⁰⁵⁷

Como não poderia deixar de ser, Beccaria, na exposição da filosofia liberal no campo criminal, insurgia-se contra a ausência de segurança pessoal ao agente que respondia pela prática de delito, pois o magistrado possuía “... o arbítrio de prender um cidadão, de tirar a liberdade de um inimigo por pretextos frívolos, de deixar impune um amigo, a despeito dos mais fortes indícios de culpabilidade”.

Seguindo essa orientação, a declaração de direitos enxertada à Constituição americana por meio da Quinta Emenda estabeleceu a exigência da obediência ao devido processo legal para que fosse decretada a limitação ao direito de liberdade (“... ninguém... será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo judicial...”). Essa garantia fundamental restou, igualmente, sufragada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), com o preceito expresso no art. 9º, sob a máxima de que “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”. No mesmo passo, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966) deixou plasmado que “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. Ninguém poderá ser objeto de detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, a não ser por motivo e em conformidade com procedimentos previstos em lei (art. 9.1)”.

Realçando a natureza acautelatória da prisão processual, o PIDCP acrescenta, no art. 9.3, *in fine*, que “A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir regra geral, mas a libertação delas poderá estar subordinada a garantias que assegurem sua presença em todos os atos do processo penal e, se for o caso, para a execução da sentença”. A Convenção Europeia dos Direitos do Humano, assegura o direito de liberdade a todos, vedando a privação de liberdade salvo nos casos previstos e de acordo com o procedimento legal (art. 5º, 1), ressaltando que “Qualquer pessoa presa ou detida... deve ser apresentada imediatamente a um juiz... (art. 5º, 2), prescrevendo, assim, o direito à audiência de apresentação (custódia).

Finalizando o estatuto internacional do direito de liberdade, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) ressalta que “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (art. 7.2), que “Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários” (art. 7.3) e arremata “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais...” (7.5), preceito que exige, para a legalidade da prisão, a realização da audiência de apresentação (custódia).

¹⁰⁵⁷ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1942. v. 2, p. 180. Câmara Leal igualmente destaca que a restrição à liberdade individual diz respeito a um dos direitos fundamentais do cidadão, de modo que a prisão somente pode ser decretada com suporte em embasamento legal e esteio em culpa formada, sob pena de caracterizar-se como arbitrária (Ibid., p. 179).

6.2.1. Tratamento constitucional à prisão processual no direito comparado

Seguindo as diretrizes dos tratados internacionais e regionais, a prisão processual tem merecido o devido destaque nas constituições dos Países¹⁰⁵⁸. Na Constituição americana, diante do que prescreve a Quinta Emenda, “... ninguém... será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo judicial...”

A Constituição alemã de 23 de maio de 1949 (ainda em vigor), promulgada logo após a Segunda Guerra Mundial, é um exemplo perfeito de como as limitações ao direito à liberdade devem merecer acentuada inquietação por parte do constituinte. Na primeira parte do caput do art. 104, 1, da Carta tedesca, o constituinte deixa consagrada a ideia de que a “A liberdade da pessoa só pode sofrer restrição por força de uma lei formal e com observância das formas por ela prescritas”.

O constituinte alemão escreve que “Só ao juiz cabe decidir sobre a possibilidade de privação da liberdade e sobre a sua prorrogação” (art. 104, 2, primeira parte), daí por que “Quando a privação da liberdade não tiver sido ordenada pelo juiz, deverá ser suscitada sem demora a sua intervenção (art. 104, 2, segunda parte), pois “Ninguém pode ficar detido por ordem da polícia para além do fim do dia que se segue à sua detenção” (art. 104, 2, terceira parte). Ainda não satisfeito com as garantias emanadas da leitura dos referidos dispositivos, o constituinte alemão, na primeira parte do art. 104, 3, reforça a mensagem de que a pessoa, detida sem ordem judicial, deve ser “... levada à presença do juiz o mais tardar no dia imediato ao da detenção, devendo o juiz comunicar-lhe as causas da detenção, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa”, deixando consignado com direito fundamental a realização da audiência de apresentação (custódia). Na segunda e última parte do art. 104, 3, da Constituição da Alemanha, está expresso que o juiz, após ter a audiência com o detido, deve, “sem demora, emitir ordem escrita de prisão ou ordenar a libertação do detido”. Por fim, o art. 104, 4, estabelece a comunicação imediata a um parente ou a alguém da confiança da pessoa detida, da “decisão judicial que ordene ou prorogue a privação da liberdade”.

Pela leitura dos dispositivos constitucionais alemães referentes ao direito à liberdade, observa-se a distinção entre privação de liberdade sem e com ordem judicial. A privação de liberdade sem ordem judicial se assemelha a nossa prisão realizada por autoridade policial quando o agente é pego em flagrante delito. No Código de Processo Penal Alemão, essa modalidade de prisão é chamada apreensão provisional (*vorläufige festnahme*)¹⁰⁵⁹. Como a autoridade policial não prende, mas apenas faz a detenção, a intervenção do juiz se dá para, se for o caso, decretar a prisão. Essa distinção tem a vantagem de deixar claro que, nada obstante a privação da liberdade ocasionada pela detenção feita pela autoridade policial, o juiz deve analisar o caso para decidir se deve, ou não, decretar a prisão.

Fazendo comentários a respeito do art. 104, 3 da Carta alemã, Julio Maier¹⁰⁶⁰ adverte que, como a prisão preventiva da pessoa somente pode ser determinada por ordem escrita de autoridade judicial, exige-se que ela seja levada, imediatamente, à presença do juiz, a fim de que este, após ouvi-la, decida se é caso de ser decretada a prisão ou a liberdade. Por isso mesmo, para o autor citado, a privação de liberdade, efetuada pela autoridade policial, não corresponde, propriamente, à prisão, senão a um “*momento primário del estado de detención que solo puede ordenar el*

1058 Cf. item 6.2 supra, que se faz referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e ao Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.

1059 MAIER, Julio B. J. **La ordenanza procesal penal alemana**: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 73

1060 **La ordenanza procesal penal alemana**: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino, p. 73-74.

juez... ”¹⁰⁶¹, pois a “... efetiva constitución en prisión (orden de detención, § 114, OPP) resulta en la OPP de una resolución de mérito del juez sobre los elementos de convicción existentes...”¹⁰⁶².

Outro aspecto que chama a atenção no tratamento constitucional dado à matéria no sistema alemão, é que não basta a comunicação da prisão à autoridade judicial, porquanto se impõe que a pessoa seja *apresentada*, imediatamente, ao juiz competente, no mais tardar até o dia seguinte (§ 115 do Código de Processo Penal da Alemanha), admitindo-se, quando isso não for possível, que a apresentação seja feita ao juiz municipal mais próximo (§ 155 do Código de Processo Penal da Alemanha)¹⁰⁶³. Como ressaltado acima, o direito à audiência de apresentação (custódia) está expresso na Constituição alemã. Por fim, resta considerar que a garantia do direito à comunicação da privação da liberdade, feita na pessoa de um parente ou pessoa da confiança do preso, é quanto à decisão do juiz que ordena a prisão, não da detenção efetuada pela autoridade policial.

A Constituição espanhola também contém diversas normas a respeito da forma como se admite a limitação ao direito de liberdade. No art. 17, 1, a referida Constituição estabelece o primado do devido processo legal para a perda do direito de liberdade e, no número 2, diz que “A prisão preventiva não poderá durar mais do que o tempo estritamente necessário para a realização das averiguações tendentes ao esclarecimento dos fatos e, em qualquer caso, no prazo máximo de setenta e duas horas o detido deverá ser posto em liberdade ou à disposição da autoridade judicial”. O art. 171, 3, por sua vez, assegura que “Toda pessoa detida deve ser informada de forma imediata, e de modo que lhe seja compreensível, dos seus direitos e das razões da detenção, não podendo ser obrigada a prestar declarações”, assim como garante, na segunda parte, “... a assistência de advogado ao detido nas diligências policiais e judiciais, nos termos que a lei estabelecer”. Por fim, o art. 171, 4, dispõe que “A lei regulará um processo de habeas corpus com vista à imediata colocação à disposição do juiz de toda a pessoa detida ilegalmente” e que “A lei também determinará a duração máxima da prisão provisória”.

Em análise dos preceitos da Constituição espanhola referentes à garantia do direito de liberdade, tem-se que, indo além da previsão contida na *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (art. 5º, 3), que determina a apresentação, sem demora, ao juiz de toda pessoa detida, a Constituição da Espanha fixa um prazo improrrogável para que a pessoa detida seja liberada ou posta à disposição da autoridade judiciária.

Lorca Navarrete¹⁰⁶⁴ revela que o instituto do habeas corpus serve para assegurar ao preso o direito de ser ouvido pelo juiz, a fim de expor suas razões contra as causas da detenção e para que, assim, o magistrado decida, efetivamente, sobre a manutenção ou não da prisão. Desse modo, conquanto não esteja previsto, como na Constituição alemã, o direito do preso de ser apresentado, logo após a sua detenção, ao juiz, a pessoa, quando tiver a pretensão de falar com o juiz, assim, tentar reverter a privação de sua liberdade, faz jus à interposição do habeas corpus, cujo procedimento lhe assegura o direito de ser ouvido pessoalmente pelo magistrado¹⁰⁶⁵.

Em exame dos arestos do Tribunal Constitucional da Espanha, de 10 e 12 de março do ano de 1987, Lorca Navarrete¹⁰⁶⁶ expõe, em compêndio, o entendimento sobre a matéria daquela Alta Corte de Justiça:

1) La prisión provisional es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el status de libertad personal del inculpado, y por lo mismo es, com toda evidencia, restrictiva del derecho fundamental reconocido en el artículo 17, apartados 1 y 4, CE. 2) La institución de la prisión provisional se halla situada entre el derecho estatal de perseguir eficazmente el delito, por

¹⁰⁶¹ **La ordenanza procesal penal alemana:** su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino, p. 74.

¹⁰⁶² Ibid.

¹⁰⁶³ **La ordenanza procesal penal alemana:** su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino, p. 83-85.

¹⁰⁶⁴ **Derechos fundamentales y jurisprudencia,** p. 77.

¹⁰⁶⁵ No nosso sistema, o art. 656, *caput*, do CPP, faculta ao juiz, antes da decisão da liminar, determinar a imediata apresentação do paciente. Infelizmente, raramente o juiz procede dessa forma.

¹⁰⁶⁶ **Derechos fundamentales y jurisprudencia,** p. 80.

um lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por outro, y, habida cuenta de que aquella consiste en una privación de la libertad, há de regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar. 3) La vulneración de la ley que regula la duración máxima de la prisión provisional supone una vulneración del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad consagrado por el artículo 17 CE (...). 4) En la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional debe tenerse en cuenta, ante todo, el carácter fundamental del derecho a la libertad que tales normas restringen, y la situación excepcional en que la prisión provisional coloca al imputado en una causa penal: en esta dirección, la jurisprudencia ha reiterado que, en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable a la libertad del inculcado (favor libertatis). 5) Dado el carácter anteriormente mencionado de dimensión ética del artículo 17 CE en su conjunto – implícita por supuesta su trascendente juridicidad —, opinamos, con algún sector doctrinal que ya se ha pronunciado al efecto, que existe por parte del Estado una obligación de indemnizar en los casos de prisión preventiva cuando la inocencia se acredite posteriormente.

Malgrado sem similar detalhamento, a Constituição italiana alberga disposições que disciplinam o direito à liberdade. Na primeira parte do art. 13, a Magna Carta da Itália sufraga a regra geral de que “A liberdade pessoal é inviolável” para, na segunda, dizer que nenhuma detenção ou outra restrição à liberdade será admitida, senão “... por ato fundamentado da autoridade judicial, nos casos e nos termos da lei”. Todavia, na sua terceira parte, está esclarecido que “Em casos excepcionais de necessidade e urgência, taxativamente indicados na lei, a autoridade de segurança pública pode adotar providências provisórias, que têm de ser comunicadas, dentro de quarenta e oito horas, à autoridade judicial, e, se este não as valida nas 48 (quarenta e oito) horas seguintes, elas considerar-se-ão revogadas e privadas de qualquer efeito”. Por fim, na quinta parte do dispositivo constitucional em foco, consigna-se que compete à lei infraconstitucional estabelecer os limites máximos da prisão preventiva.

Ferrajoli critica a admissibilidade da prisão preventiva, questionando se a custódia preventiva se trata apenas de uma *injustiça necessária* ou se cuida nada mais nada menos de uma decorrência natural de uma feição *inquisitória* do processo¹⁰⁶⁷.

O mestre italiano Giuseppe Bettiol¹⁰⁶⁸, em exame desses dispositivos estampados na Constituição italiana, observa que “*La libertad individual, como expresión de un valor absoluto, en una Constitución democrática debe ser reputada inviolable.*” Mas agrega que a autoridade judicial pode determinar a prisão processual, “... en casos excepcionales de necesidad y urgência, indicados taxativamente por la Ley”, em que os agentes de polícia podem efetuar, sem autorização do juiz, a detenção de alguém¹⁰⁶⁹.

No caso em que a detenção é efetuada pela autoridade policial sem a autorização judicial, o que só se admite quando a pessoa é surpreendida com graves indícios e desde que subsista fundada suspeita de fuga, a limitação da liberdade possui caráter provisional devendo ser comunicada ao juiz, no prazo de 24 horas, a fim de que este a confirme, ou não¹⁰⁷⁰. Bettiol esclarece que foi a primeira vez que se disciplinou, em uma Constituição italiana, a hipótese de limitação do direito de liberdade, sem autorização judicial, pelo agente policial. Até então, o assunto era deixado para ser tratado, livremente, pelo legislador infraconstitucional. O autor em referência aplaude a tomada de posição do constituinte italiano, devido à excepcionalidade da medida, conjugada com o perigo que ela suscita quanto a possíveis arbitrariedades¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁷ **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2002, p. 446.

¹⁰⁶⁸ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal.** Tradução Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch, 1976, p. 224.

¹⁰⁶⁹ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal,** p. 224.

¹⁰⁷⁰ Ibid.

¹⁰⁷¹ Ibid.

Aforada essa hipótese, toda e qualquer privação do direito de liberdade no sistema italiano reclama decisão motivada do juiz, nas hipóteses e na forma prevista na legislação infraconstitucional¹⁰⁷².

A Constituição portuguesa, por sua vez, desceu a pormenores sobre o instituto da prisão processual. Tratou no art. 27, 1, de ressaltar que o sistema jurídico lusitano se pauta pelo princípio da liberdade, ao dizer que “Todos têm direito à liberdade e à segurança”, de modo que a regra a ser seguida é a de que a prisão só deve ocorrer quando assim determinado em sentença criminal condenatória, (art. 27, 2, da Constituição de Portugal). Em seguida, como exceção a esse postulado, esclarece, no número 3 do mesmo dispositivo:

- a) Prisão preventiva em flagrante delito ou por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena maior;
- b) Prisão ou detenção de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
- c) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
- d) Sujeição de um menor a medidas de proteção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;
- e) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante a autoridade judicial competente.

No desiderato de regar as exceções ao princípio geral, os números 4 e 5 do art. 27 da Constituição de Portugal assegura ao preso o direito de ser informado, sem demora, das razões de sua prisão ou detenção e lhe assegura o direito à indenização, quando a privação da liberdade ocorrer sem a devida atenção às regras constitucionais. Importa mencionar, ainda, o disposto no art. 28 da Constituição portuguesa, o qual estabelece, no número 1, o prazo de 48 horas para que o juiz, mediante decisão, se manifeste pela validação ou manutenção da prisão efetuada sem culpa formada, sendo assegurado ao preso, de qualquer modo, o direito de ser interrogado e de defender-se. No número 2 do artigo em comento, consagra-se a ideia da excepcionalidade da cautelar detentiva, na medida em que se adverte que a prisão “... não se mantém sempre que possa ser substituída por caução ou por medida de liberdade provisória prevista em lei.” Em regra idêntica à da Constituição alemã, a portuguesa assegura ao preso o direito de que a decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação de liberdade seja, desde logo, comunicada a um parente ou pessoa da confiança do detido (art. 27, 3). Por último, no número 4, está consagrada a garantia de que a prisão preventiva, determinada antes ou depois da formação de culpa, deve observar o prazo estabelecido na lei ordinária.

6.2.2. Sistema prisional no direito constitucional brasileiro

O esboço histórico das Constituições brasileiras revela que a prisão processual sempre foi um tema presente. A Constituição Imperial de 1824¹⁰⁷³ estabeleceu como regra o direito de liberdade, condicionando a prisão à existência de *culpa formada* (“Ninguém poderá ser preso sem culpa formada...”, art. 179, § 8º, primeira parte), com a ressalva de que “À exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima.” (art. 179, § 10, primeira parte). Mas cuidava de esclarecer que, no prazo de 24 horas, quando a prisão fosse efetuada próxima à residência do juiz, ou no prazo razoável, o juiz deveria entregar ao acusado a nota de culpa por ele assinada, na qual deveria constar, além do *motivo da prisão*, os nomes de seu acusador e os das testemunhas, quando houvesse (art. 179, § 8º, segunda parte)¹⁰⁷⁴.

O art. 179, § 9º, possuía duas partes. Na primeira, definia a regra de que, sendo afiançável

¹⁰⁷² BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal**, p. 225.

¹⁰⁷³ Sobre os direitos fundamentais nas Constituições brasileiras, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, capítulo 4, p. 193-216. Acerca do histórico do sistema prisional no direito constitucional brasileiro, op. cit., p. 801-809.

¹⁰⁷⁴ Note-se que não foi assegurado o direito de a prisão ou detenção ser comunicada ao juiz, mas sim ao preso.

o crime, estava garantido o *direito à liberdade provisória* mediante o seu pagamento, ao tempo em que, na segunda parte, assegurou o *direito de livrar-se solto*, independentemente do pagamento de qualquer quantia em dinheiro, quando a pena prevista para o crime não fosse superior a seis meses de prisão, ou então de *desterro para fora da Comarca*.

Restaram, assim, desde o início, firmadas três regras importantes: (i) primeiro, a prisão em flagrante servia para autorizar a detenção e, por outro lado, para justificar a prisão processual, sempre que o crime não fosse afiançável (direito à liberdade provisória) ou o acusado tivesse o direito de livrar-se solto; (ii) segundo, o direito à liberdade provisória, quando o crime fosse afiançável e ocorresse o pagamento; (iii) terceiro, duas hipóteses de prisão, uma sem ordem judicial, a em *flagrante delicto*, e outra mediante ordem judicial, a *preventiva*.

O constituinte de 1891 não se afastou das diretrizes até então traçadas: (a) “À exceção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente” (art. 72, § 13); (b) “Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir.” (art. 72, § 14).

A Constituição de 1934 modificou a redação da carta anterior¹⁰⁷⁵. Manteve a regra de que “Ninguém será preso senão em flagrante delicto, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.” (inciso 21 do art. 133)¹⁰⁷⁶, ao passo que, na segunda parte, inaugurou a regra da necessidade, nesse caso, de que a prisão ou detenção fosse “... imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal...”. Não tratou o constituinte de definir qual seria o prazo dessa *comunicação imediata*. Por fim, foi mantida a regra de que “Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos.” (art. 133, inciso 21).

A Constituição de 1937, exatamente a que serviu de paradigma para a elaboração do atual Código de Processo Penal, pelo seu caráter ditatorial e policialesco, como era de se esperar, não tratou de contemplar, dentre os direitos fundamentais, limitações ao *poder de prender*. O direito de liberdade, em rigor, foi tratado em um único inciso do art. 122. A par de manter a nossa tradição constitucional de que, exceto na hipótese de flagrante “... a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente.” (art. 122, inciso 11, primeira parte), ainda agregou que, mesmo sem culpa sumária, a pessoa presa em flagrante delicto podia permanecer recolhida, “... em virtude da lei e na forma por ela regulada” (art. 122, inciso 11, primeira parte). Ademais, a Carta de 1937 foi omissa quanto à *fiança* e à necessidade da *comunicação imediata* da prisão, que eram garantias constitucionais.

A Constituição de 1946, de cunho liberal, embalada pela volta do movimento pós-guerra em prol da defesa dos direitos fundamentais, conferiu o destaque devido ao tema referente ao direito de liberdade. Manteve a tradição de que, com exceção de caso de prisão em flagrante, a prisão somente pode ser efetuada por “... ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.” (art. 141, § 20). O constituinte reeditou a regra de que “Ninguém será levado à prisão, ou nela detido, se prestar fiança permitida por lei.” (art. 141, § 21), enquanto no § 22 restabeleceu a exigência a respeito da *comunicação imediata da prisão ou detenção à autoridade competente*, que deveria relaxá-la, quando ilegal¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁵ Como principal inovação, tornou defesa a decretação de prisão por dívidas, multas ou custas (art. 112, inciso 30), ademais de não ter feito ressalva quanto à prisão civil nos casos de depositário infiel e de inadimplemento de prestação alimentícia.

¹⁰⁷⁶ Retirou, porém, a exigência de que a permanência na prisão fosse condicionada à presença de culpa formada e a necessidade da pronúncia do indiciado para colocar, em seu lugar, a ordem escrita da autoridade competente. Certamente porque a intenção era que o tribunal do júri não continuasse a ser o procedimento ordinário, como era na sistemática do Código de Processo Criminal de 1832.

¹⁰⁷⁷ Seguindo os passos do constituinte de 1934, voltou a vedar a prisão civil por dívida, multa ou custas, todavia, ressaltou a possibilidade dessa espécie de prisão nos casos de depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimenta (§ 32 do art. 141 da Constituição). Dai em diante, as Constituições posteriores mantiveram essas duas exceções, até o Supremo Tribunal Federal, enfim, considerar a prisão no caso de depositário infiel inconstitucional.

A Constituição de 1967, editada para conformar a ordem constitucional com o regime ditatorial imposto com o Golpe Militar, rompeu com o viés liberal da Carta de 1946. De toda sorte, manteve a regra de que, com exceção da hipótese de prisão em flagrante delito, somente seria admissível medida cautelar detentiva em relação a alguém quando houvesse ordem escrita de autoridade competente (art. 153, § 12, primeira parte). Sobre a fiança, contentou-se em dizer que “A lei disporá sobre a prestação de fiança” (segunda parte do § 12 do art. 153), deixando para o legislador infraconstitucional a plena regulamentação a respeito desse instituto. Preservou-se, contudo, a exigência da imediata comunicação da prisão, tendo o mérito de ressaltar que essa informação deveria ser prestada ao *juiz*, o que foi importante, uma vez que, até então, a garantia era de que a comunicação fosse feita à *autoridade competente*, o que podia ser definido pela lei como outra que não o magistrado.

A Constituição de 1988, com seu perfil democrático, cuja proteção aos direitos fundamentais é a sua espinha dorsal, tratou do tema da prisão como uma questão da mais alta sensibilidade e importância, a fim de evitar, na medida do possível, o cerceamento do direito de liberdade¹⁰⁷⁸. A regra fundamental da Constituição de 1988 é de que todos possuem o direito de liberdade, ainda que a pessoa tenha cometido algum delito. Só excepcionalmente é tolerada, como medida processual, que ocorra a supressão do direito de liberdade, sem que tal caracterize afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade ou de inocência¹⁰⁷⁹.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1988 permite a distinção entre três institutos: (a) *direito à liberdade* (caput do art. 5º); (b) *direito à liberdade provisória com ou sem fiança* (art. 5º, LXVI); (c) *direito ao relaxamento da prisão* (art. 5º, LXV). O direito à liberdade é o gênero, enquanto os outros dois são espécies. Tem em mira garantir a todos os cidadãos, tenham ou não praticado crime, tenham sido ou não acusados pelo Ministério Público, a possibilidade de permanecer ou responder ao inquérito ou processo em liberdade, até que sentença condenatória de origem criminal, trânsita em julgado, determine a sua prisão.

O direito à liberdade provisória, com ou sem fiança, tem como pressuposto fático a anterior prisão do acusado, que pode ter sido decorrente de flagrante delito ou ordem judicial. Não identificada, na hipótese de flagrante delito, a satisfação dos fundamentos expostos no art. 312 do CPP, ou desaparecidos, quando seja o caso de prisão preventiva, os fundamentos que autorizaram o encarceramento, o agente passa a fazer jus à liberdade provisória, com ou sem fiança.

De outro lado, o direito ao *relaxamento da prisão* (art. 5º, LXV), assim como se dá no direito à liberdade provisória, tem como precedente lógico anterior prisão, em quaisquer de suas espécies, porém ocorrida com vício de ilegalidade, seja por não se consubstanciar em nenhuma das situações insertas no art. 302, I/IV, do CPP, no caso de prisão em flagrante delito, ou então, na hipótese de ordem judicial, em razão da nulidade do decreto judicial ou por circunstância posterior, a exemplo do excesso de prazo.

Por fim, a Constituição de 1988, mantendo a tradição verificada no Direito Comparado e nacional, tratou de duas espécies de prisão, uma proveniente de ordem judicial, outra oriunda do flagrante.

6.2.3. Prisão no código de processo penal

A primeira redação emprestada ao art. 282 do Código de Processo Penal repetia o que dispunha a Constituição de 1937, dispondo que “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá

¹⁰⁷⁸ Cf. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. **Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009; e GEMAQUE, Silvio César Arouck. **Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar**. São Paulo: RCS Editora, 2006.

¹⁰⁷⁹ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, Curso de processo penal: teoria (constitucional do processo penal, p. 545-547. Ali se registra que, embora os reflexos do princípio da presunção de não culpabilidade tenham maior repercussão quanto ao ônus de o Ministério Público provar a culpabilidade do acusado, a referida cláusula também tem o condão de realçar a natureza cautelar e excepcional da prisão processual.

efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.”¹⁰⁸⁰ Esse dispositivo deveria ter sido alterado a partir da nova disciplina trazida com a Constituição de 1946, que, acertadamente, não fez mais referência à decisão de pronúncia, mas apenas aos casos previstos em lei; porém, o dispositivo permaneceu com a mesma redação.

De toda maneira, tendo sido aprovadas as Leis n.ºs. 11.719 e 11.689, ambas de 2008, que, respectivamente, revogaram o art. 594 e conferiram nova redação ao art. 413, § 3º, todos do CPP, ficou sem sentido o texto do então art. 282 do CPP, uma vez que a única prisão possível, mesmo quando decretada na sentença condenatória ou na decisão de pronúncia, passou a ser a preventiva, nos termos do art. 312 do CPP¹⁰⁸¹.

A incongruência só se verificou devido ao método da Reforma Tópica escolhido pelo legislador, o qual, ao que parece, não contou com a possibilidade, extremamente fatível, de que alguns dos sete projetos de lei fossem aprovados, em um momento, enquanto outros depois ou, até mesmo, nem isso¹⁰⁸². A aprovação, em 2008, das Leis 11.719 e 11.689, sem que, ao mesmo tempo, merecesse a mesma atenção o PL 4.208, de 2001, deixou o art. 282 desfocado, o que só veio a ser solucionado com a vinda a lume da Lei n.º 12.403, de 2011.

Com a nova disciplina, o teor do então art. 282 do CPP foi transferido para o caput do art. 283¹⁰⁸³, cuja redação vazada nos seguintes termos: “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”. Esse dispositivo, finalmente, foi alterado novamente pela Lei n.º 13.964, de 2019, que não foi apenas redacional, pois a substituição da expressão *sentença condenatória transitada em julgado* por *condenação criminal transitada em julgado* teve o condão de colocar a última par de cal na discussão sobre o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade¹⁰⁸⁴.

Tem-se, assim, que, em princípio, restou ratificada a ideia quanto à existência de dois tipos distintos de prisão processual: com ou sem ordem judicial. Aquela, a prisão preventiva ou temporária; esta, a em flagrante. Portanto, a prisão processual seria o gênero, cujas espécies seriam a flagrante, a preventiva e a temporária, o que, porém, como se verá no item seguinte, não se coaduna com a previsão contida no art. 310, II, do CPP, pois o flagrante é mais *detenção* do que propriamente *prisão*, ademais de não possuir natureza processual, senão administrativa, daí por que, ao receber o auto respectivo, deverá o juiz, se for o caso, na audiência de apresentação (custódia), decidir, fundamentadamente, se deve ser determinada, ou não, medida cautelar, que poderá ser, ou não, a prisão preventiva.

Agregue-se, ainda, que, devido a excessos cometidos em prisões efetuadas, seja nos casos de flagrante, seja na diligência de cumprimento de decisão judicial, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 111, ressaltando que “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Nada obstante, a Lei n.º 13.434, de 2017, deu nova redação ao parágrafo único do art. 292 do CPP, a fim de esclarecer que “É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem

1080 A referência à prisão com a pronúncia é porque, antes da edição do atual Código de Processo Penal, portanto, no regime do Código de Processo Criminal de 1832, o procedimento comum era o previsto para o júri.

1081 Cf. item 5.1.9.8.3, *supra*.

1082 Cf. item 3.2.1, em que exposta a crítica ao método da reforma tópica.

1083 Atecnicamente, o § 1º do art. 283 do CPP preceitua regra aplicável a todas as espécies de cautelares tratadas no título, tornando defesa a aplicação de qualquer medida dessa natureza quando a infração não for punida isolada, cumulativa ou alternativamente com sanção privativa de liberdade. Por isso mesmo, esse assunto foi abordado no item 6.1.8, *supra*.

1084 Cf. item 5.1.9.8.3, *supra*.

como em mulheres durante o período de puerpério imediato”.

6.2.4. Detenção/prisão em flagrante: natureza jurídica

O Código de Processo Penal, obediente à tradição de nosso sistema e, até mesmo, à nomenclatura utilizada pela Constituição de 1988, chama de *prisão* em flagrante o recolhimento da pessoa que ocorre sem a prévia ordem judicial. Não se faz, portanto, pelo menos em termos terminológicos, a distinção importante entre *detenção* e *prisão*. Conforme visto, no Direito Comparado ressalta-se a diferença entre uma e outra situação, na medida em que, em rigor, *prisão* só quem determina é o *juiz*, de modo que, quando o recolhimento tem origem em situação de flagrante delito, o que se verifica, no caso, é a mera *detenção*, a qual poderá, ou não, converter-se em *prisão*, a depender de decisão judicial nesse sentido.

Mas as Constituições brasileiras jamais fizeram essa distinção, porquanto, de acordo com a literalidade da dicção normativa empregada pelo constituinte ao longo do tempo, o nosso sistema teria duas espécies de prisão processual, uma decorrente de ordem judicial, que seria a regra, enquanto a outra a exceção, sem prévia determinação jurisdicional, desde que a pessoa capturada em flagrante delito¹⁰⁸⁵. Certamente em razão dessa circunstância, a doutrina e a jurisprudência nacionais ademais de não cuidarem de realçar a diferença entre um e outro instituto, estimuladas pela forma como a matéria foi tratada na redação originária do Código de Processo Penal, firmaram passo na tese de que há dois tipos de prisão, ambos de natureza acautelatória: (a) em flagrante delito e (b) com ordem judicial.

A lógica do sistema nacional seria a seguinte: como regra, na medida em que a prisão caracteriza a flexibilização de um tipo de direito fundamental (a liberdade), para a sua validade exige-se a prévia e fundamentada decisão judicial, demonstrando a sua necessidade. Lembre-se que os direitos fundamentais, no ambiente do direito processual criminal, são garantias asseguradas à pessoa que está submetida a inquérito ou processo. A regra, portanto, é de que o inquérito ou o processo seja desenvolvido sem que a pessoa sofra restrição quanto a qualquer tipo de direito fundamental. Tendo em consideração as circunstâncias do fato e a necessidade de restrição de direito essencial declarado na Constituição, para que sejam atingidos os fins da persecução criminal, o direito fundamental, que não é absoluto, senão relativo, pode ser flexibilizado, contanto que haja prévia e fundamentada decisão judicial a respeito.

Em princípio, apenas o juiz, no exercício de atividade jurisdicional¹⁰⁸⁶ ou comissão parlamentar de inquérito (art. 58, § 3º, da Constituição) pode determinar a flexibilização de direito fundamental. A par disso em relação a três tipos de direitos fundamentais há o que a doutrina denomina *cláusula de reserva de jurisdição* ou *cláusula de reserva de jurisdição estrita*, de modo que só a autoridade judiciária é autorizada pela Constituição. Esses três tipos são a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da Constituição), a inviolabilidade das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da Constituição) e, exatamente, o direito de liberdade (art. 5º, LXI, da Constituição)¹⁰⁸⁷.

Nesse particular, o direito de liberdade apresenta grande singularidade. Ao tempo em que quanto ao direito de liberdade, há a *cláusula de reserva de jurisdição*, de modo que sequer a comissão parlamentar de inquérito pode restringi-la, de outro lado, a Constituição permite que, no exercício do poder de polícia do Estado, a pessoa seja *presa/detida*, independentemente de prévia e fundamentada decisão judicial¹⁰⁸⁸. Essa excepcionalidade constitucional quanto à proteção do direito à liberdade, a permitir a sua flexibilização sem prévia ordem judicial, verifica-se nas

¹⁰⁸⁵ Item 6.2.2 supra.

¹⁰⁸⁶ Portanto, se se trata de apuração levada a efeito pela corregedoria, como a hipótese não é de exercício de atividade jurisdicional propriamente dita, porém, administrativa, se houver a necessidade de flexibilização de um direito fundamental, não poderá fazê-lo, caso não haja prévia e fundamentada decisão de um juiz no desempenho de função judicante típica.

¹⁰⁸⁷ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 295-312.

¹⁰⁸⁸ Cf. *Ibid.*, p. 313-314.

hipóteses em que a prisão se dá na situação de flagrante delito, conforme regulamentação do legislador infraconstitucional¹⁰⁸⁹.

Malgrado em tudo diferente da prisão preventiva, uma vez que não subordinada aos requisitos e fundamentos plasmados no art. 312, caput, do Código de Processo Penal, senão a uma das situações fáticas previstas nos incisos do art. 302 do mesmo ordenamento jurídico, o flagrante foi tratado pelo legislador como uma das espécies de prisão processual, o que levou a doutrina a concebê-lo com essa natureza jurídica.

No ponto, há de se registrar que o flagrante delito foi disciplinado na Lei das Doze Tábuas, que autorizava matar o *ladrão* em caso de roubo. João Mendes de Almeida Júnior diz que a palavra *flagrante* é extraída da raiz grega *flegein*, que significa queimar¹⁰⁹⁰. No início, a prisão em flagrante era a consagração do direito de pronta reação individual do ofendido. Em outras legislações, constituía-se circunstância agravante, diante da consideração de que a prática de crime, sob os olhos de outrem, representava ousadia maior e tenacidade para a ação delituosa.

Depois, o flagrante delito passou a ser instrumento que servia para dar lastro probatório seguro não apenas a respeito da materialidade, mas também quanto à autoria, dois elementos preponderantes em todo e qualquer processo, sobre os quais basicamente gira toda a investigação criminal. Em outros tempos, aí se diga entre nós até o advento da Lei nº 6.416, de 1977, o flagrante se prestava para justificar, por si só, que a pessoa respondesse o processo recolhido à prisão, além de servir a outros fins, como os assinalados por Hélio Tornaghi, consistentes em *servir de advertência aos maus* (exemplaridade), *restituir a tranquilidade aos bons* (satisfação) e *restaurar a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade* (prestígio)¹⁰⁹¹.

Esse histórico forjou o pensamento dogmático sobre o instituto, o que foi alimentado pelo fato de o Código de Processo Penal, em sua redação originária, ter tratado o flagrante como justificativa para a pessoa ficar presa, bastando, para tanto, que o crime não fosse afiançável ou dele não fosse o caso de livrar-se solto¹⁰⁹².

Em verdade, na doutrina, formaram-se duas correntes: a primeira no sentido de que a prisão em flagrante, malgrado o disposto no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, tem requisitos próprios e função acautelatória. A segunda corrente sustenta que flagrante não é propriamente prisão, de modo que, ao passar pelo crivo do juiz, este deve, se for o caso, transformá-lo em prisão temporária ou preventiva.

Veja-se que o flagrante delito, ainda quando efetuado por um do povo, corresponde à ação que é realizada em consonância com o dever-poder de polícia do Estado, função que é cometida aos órgãos administrativos integrantes do Executivo e por eles desempenhada¹⁰⁹³. Trata-se de uma espécie de *autodefesa* da sociedade, com clara natureza de ato administrativo. Se o flagrante delito é um ato administrativo, tem-se que, nesse caso, a prisão/detenção efetuada é administrativa¹⁰⁹⁴. Por conseguinte, além dos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, ressalvados

¹⁰⁸⁹ A prisão em flagrante pode ser efetuada, até mesmo, por qualquer do povo, que na hipótese, por delegação legal, age como fiscal do Estado (art. 301 do Código de Processo Penal). Enquanto para o agente do estado a prisão em flagrante é um dever, para qualquer do povo constitui uma faculdade.

¹⁰⁹⁰ **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959. v. 1, p. 296.

¹⁰⁹¹ **Curso de Processo Penal**. v. 2, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 50. Sobre o assunto, cf. BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 121-129.

¹⁰⁹² Afrânio Silva Jardim ressalta que, antes da introdução do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, era difícil "... enquadrar tal espécie de prisão provisória dentre as chamadas medidas cautelares penais" (**Direito processual penal**, p. 259).

¹⁰⁹³ Cf. item 7.2.3.1.3, supra. Acertadamente, diz Tourinho Filho que, mesmo quando o juiz efetua a prisão em flagrante, ainda assim, essa medida não perde a sua natureza de ato administrativo, até porque, nesse caso, ele está exercendo uma função administrativa, e não jurisdicional (**Processo penal**, p. 424). Isto é, assim como ocorre em relação à prisão preventiva, o flagrante delito só tem o condão de fazer com que a pessoa permaneça presa quando o juiz, ao examinar o assunto, concluir que há a *necessidade* de mantê-la no cárcere, tendo como fundamento para tanto aqueles "elementos" que são reclamados para a decretação da prisão preventiva.

¹⁰⁹⁴ Cf. item 7.2.3.1.3, supra.

na parte final do inciso LXI do art. 5º da Constituição, haveria outra possibilidade de prisão/detenção administrativa, que seria, exatamente, a prisão/detenção em flagrante.

Para contornar essa questão e, de outro lado, sustentar a sua natureza processual, Tourinho Filho¹⁰⁹⁵ assegura que, conquanto a *prisão-captura* seja um ato dimanado do poder de polícia do Estado, “... depois de efetivada a prisão e de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante pode converter-se e se convolar numa verdadeira medida cautelar”. Sem se preocupar com esse detalhe, Mirabete¹⁰⁹⁶ escreve que “A prisão em flagrante é um ato administrativo, como deixa entrever o artigo 301, uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita e é prevista expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, XLI)”. Contudo, se a prisão em flagrante é um ato administrativo, não pode ser considerada, igualmente, uma medida cautelar de natureza processual.

No mesmo sentido, José Frederico Marques¹⁰⁹⁷, em estudo elaborado antes do enxerto do parágrafo único ao art. 310, realizado pela Lei nº 6.416, de 1977, defendia que a prisão em flagrante possui *destacado aspecto de medida cautelar*, pois “Com a captura e a detenção do réu, não só se tutela e se garante o cumprimento ulterior da lei penal, mas também garantida fica a colheita imediata de provas e elementos de convicção sobre a prática do crime”.

Não parece correto esse posicionamento de Mirabete e José Frederico Marques, pois não se mostra coerente dizer que a prisão/detenção em flagrante é, a um só tempo, ato administrativo e medida processual acautelatória. Ou é uma coisa ou outra, ou então, como faz Tourinho Filho, deve-se distinguir duas fases bem distintas: a primeira, que diz respeito à prisão-captura, de ordem administrativa, e a segunda, que se estabelece no momento em que se faz a comunicação ao juiz, de natureza processual, quando a homologação, ou manutenção, ou transformação, ou decretação da prisão somente deve ocorrer se presente um dos fundamentos para a imposição da prisão preventiva.

Por conseguinte, com essa tese trilhada por Tourinho Filho, na origem, a prisão em flagrante seria um genuíno ato administrativo; contudo, depois, passaria a ser jurisdicionado, a partir do momento em que o juiz é chamado para dizer, com base nos mesmos fundamentos elencados para a decretação da prisão preventiva, se há necessidade de manutenção, ou não, do preso no cárcere.

Andrey Borges¹⁰⁹⁸, com abordagem dogmática singular, identifica na prisão em flagrante natureza de medida cautelar, contendo *fumus comissi delicti e periculum in libertatis* específicos, escorado, o primeiro, na colheita imediata das provas e, o segundo, na reação social necessária para sustar a prática. Renato Brasileiro¹⁰⁹⁹, por sua vez, conquanto ressalte que o flagrante tem como função evitar a fuga do infrator, auxiliar na colheita de elementos informativos e impedir a consumação ou exaurimento do delito, não se tratando, portanto, de uma medida cautelar pessoal, assevera que se cuida de uma espécie de prisão *precautelar*, pois tem o condão de colocar o agente à disposição do juiz.

Em posição intermediária, Rogério Schietti, no seu livro *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*, ao tratar das prisões em nosso sistema processual, adverte que não se debruçará sobre a prisão em flagrante “... porque passa ela a, nitidamente, ter caráter de pré-cautela, necessária, apenas para fazer cessa a atividade criminosa, impedir a fuga do seu autor e preservar a prova para futura avaliação das partes e do juiz natural da causa penal”¹¹⁰⁰.

Já Aury Lopes¹¹⁰¹, com desenganado acerto, de forma incisiva, partindo exatamente do pressuposto de que o flagrante tem um caráter meramente *precautelar*, não sendo, portanto, medida

¹⁰⁹⁵ Ibid., p. 424.

¹⁰⁹⁶ **Processo penal**, p. 370.

¹⁰⁹⁷ **Elementos de direito processual penal**, v. 4, p. 74.

¹⁰⁹⁸ **A prisão e outras medidas cautelares pessoais**, p. 134

¹⁰⁹⁹ **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2001, p. 182.

¹¹⁰⁰ P. 237.

¹¹⁰¹ **Direito processual penal**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 616-617.

cautelar de ordem pessoal, adverte que a doutrina brasileira tradicional precisa corrigir o equívoco de classificar o flagrante como uma das medidas cautelares, correção que há de ser feita, notadamente, a partir das alterações da Lei nº 12.403, de 2001.

O entendimento dogmático de que o flagrante é uma espécie de prisão processual tinha razão de ser, conforme já destacado, apenas quando da redação originária do Código de Processo Penal, pois, nessa época, a circunstância em si de uma pessoa ser detida em flagrante era a justificativa para que fosse mantida na prisão, salvo no caso de crime afiançável ou em que o acusado tinha o direito de livrar-se solto¹¹⁰².

Todavia — repita-se —, essa era a orientação inicial do CPP. Mas, como se disse, mais precisamente no item 6 deste livro, houve alteração substancial a esse respeito foi promovida pela Lei nº. 6.414, de 1977. A lei em referência introduziu um parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, para dizer que, ocorrida a prisão em flagrante, independentemente de o crime ser afiançável ou não, a manutenção da prisão somente deverá ocorrer quando houver um dos motivos para a decretação da prisão preventiva. Ou seja, o flagrante, daí em diante, deixou de possuir um fim em si mesmo, ou melhor, deixou de possuir a natureza de medida cautelar detentiva. A partir de então, a situação de flagrante delito passou a justificar, apenas, a *captura da pessoa*, cuja prisão propriamente dita só será determinada pelo juiz quando, ao exame do respectivo auto, este verificar os fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

Dessa forma, assim como estabelecido no sistema alemão e espanhol, a autoridade policial, quando surpreende alguém em flagrante delito, não realiza, propriamente, a *prisão*, mas a *detenção*, cabendo-lhe, incontinenti, comunicar o fato ao juiz, que é o legitimado para, na audiência de apresentação (custódia), examinar se é caso de relaxamento da prisão, decretação de medida cautelar, que pode ser detentiva (prisão) ou não (alternativa), ou de concessão da liberdade (art. 310 do CPP).

Por isso mesmo, deixamos consignado no livro *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*, o seguinte entendimento¹¹⁰³:

Assim, em verdade, a autoridade policial ou quem as suas vezes fizer não efetua ou decreta a prisão de quem quer que seja, mas apenas, quando flagra alguém no momento da prática do ilícito, efetua ou faz a detenção do agente. Ocorrida esta, é feita a comunicação do fato ao juiz e ele, após ouvir o preso, decide se decreta, ou não, a prisão. Veja que o magistrado não é chamado para dizer se mantém a prisão. Ele intervém para transformar, ou não, a detenção em prisão. Se entender que não deve decretá-la, o julgador determina a soltura do preso.

A despeito desse entendimento, era comum, nos casos de flagrante delito, o juiz, ao receber os autos respectivos, singelamente, quando não era o caso de relaxamento da prisão, cuidar, apenas, de homologar a *prisão*, ou seja, de dar respaldo ao ato administrativo consistente na *detenção*, sem qualquer fundamentação com suporte no art. 312 do CPP, sobre a sua necessidade. Paradoxalmente, quando era o caso de manutenção da prisão, a decisão, homologatória, não continha fundamentação, ao passo que, na hipótese de concessão da liberdade provisória, invariavelmente condicionada a requerimento da defesa, ou de relaxamento da prisão, aí, sim, o juiz tratava de expor os motivos que orientavam a sua posição.

Ora, se no flagrante delito não há, propriamente, *prisão*, mas sim *detenção*, até porque, seja como for, a pessoa para ser *levada à prisão* requer a demonstração da necessidade da decretação de sua prisão preventiva, parece óbvio que o certo seria o juiz, ao receber o respectivo auto, proceder a exame detalhado, a fim de verificar se é o caso, ou não, de transformar a *detenção/prisão* em flagrante na *prisão preventiva*.

Até porque impõe-se ressaltar: o flagrante em si não é ato judicial, mas, sim, administrativo. Cabe ressaltar que o flagrante se trata de hipótese em que a *detenção/prisão* ocorre sem ordem judicial, ou seja, ela não é judicial, o que a diferencia da que é feita com determinação

¹¹⁰² Essa regra, que foi concebida na redação originária do CPP, está bem esmiuçada no item 6, supra.

¹¹⁰³ p. 875-876.

do juiz, essa, sim, de caráter jurisdicional. Desenganadamente, trata-se de uma espécie de *autodefesa* da sociedade, com clara natureza de *ato administrativo*, ainda quando efetuada por um do povo, pois, nesse caso, por delegação normativa, a pessoa pauta seu agir como *fiscal do estado*¹¹⁰⁴.

Se o ato de prender em flagrante não é jurisdicional, ele é, obviamente, administrativo, de modo que, nada obstante o que consta da parte final do inciso LXI do art. 5º da Constituição, existe outra espécie de detenção/prisão administrativa¹¹⁰⁵ para além da militar.

A distinção defendida por Tourinho Filho é importante, e auxilia na tese que aqui se defende. Efetivamente, temos duas fases bem distintas: a primeira, que diz respeito à prisão-captura, ou melhor, a detenção, de ordem administrativa, e a segunda estabelecida no momento em que se faz a comunicação ao juiz, de natureza processual, quando a transformação do flagrante em medida cautelar somente deve ocorrer se presente um dos fundamentos do art. 282, I, do CPP, cabendo, ainda, conforme o inciso II do mesmo artigo, a definição quanto a sua espécie, se detentiva, ou não.

Tendo em consideração que para todos os efeitos somente quem pode determinar a prisão é o juiz, mediante decisão *escrita e fundamentada*, a despeito da nomenclatura utilizada pelo constituinte, o que a autoridade policial ou qualquer do povo tem autorização constitucional para fazer é a *detenção* do agente, quando este for flagrado no momento em que está praticando a ação delituosa¹¹⁰⁶. Dessa forma, ao ser encaminhado o auto de prisão em flagrante, a missão do juiz não se resume em *homologar* ou *manter* a detenção, deve decidir se é o caso, ou não, por meio de decisão, de convertê-la em (em verdade decretar a) *prisão processual* – pode ser a prisão preventiva ou temporária – ou aplicar medida cautelar diversa da prisão, como, aliás, está claro no art. 310, II, do CPP¹¹⁰⁷.

Com isso, se quer dizer que não há, propriamente, uma prisão em flagrante como espécie de medida acautelatória processual penal. O flagrante delito ademais de ser a *mera detenção*, justifica apenas esta, não a *prisão*. É apenas a detenção do agente, a fim de que o juiz, conforme seja, decida se a pessoa deve *ser levada à prisão*, ou não, o que evidencia que não se trata de espécie de medida cautelar penal.

Aqui cabe transcrever essa tese que sustentamos em outra obra, especialmente na parte em que se ressalta a sua serventia para explicar o preceito constitucional que assegura ao acusado o *direito de não ser levado à prisão*, quando for o caso de liberdade provisória ou de livrar-se solto:

... tecnicamente, a autoridade ou agente policial ou o do povo não prende a pessoa que é surpreendida em flagrante delito, mas apenas faz a sua detenção. Esse entendimento também deixa patente que o juiz não pode, ao receber o auto de prisão em flagrante, dizer, laconicamente, que mantém a prisão. Ele terá de proferir, se for o caso, decisão fundamentada de decretação da prisão preventiva, transformando, dessa forma, aquela medida administrativa de detenção em prisão processual.

(...)

A tese aqui sustentada, por outro lado, serve para resolver um problema que emerge da leitura do inciso LXVI do art. 5º da Constituição. Com efeito, ao catalogar dentre os direitos fundamentais a garantia de que o cidadão tem o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança, o constituinte comete uma aparente impropriedade, ao dizer que, sempre que tiver o direito de responder o processo, solto, o cidadão não deverá ser levado à prisão. Ora, se a pessoa, por expressa disposição constitucional, não deve ser levada à prisão quando ela tem o direito à liberdade provisória, como então ela pôde ser presa em flagrante delito pela polícia, sendo, por conseguinte, levada à prisão, nas hipóteses em que o magistrado, comunicado — como deve ser — sobre o caso, ao fazer o seu

¹¹⁰⁴ O art. 301 do CPP preceitua que “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.” Ou seja, em relação ao agente policial, a detenção/prisão em flagrante é um dever, enquanto para o do povo é uma faculdade, que age como fiscal do Estado.

¹¹⁰⁵ **Processo penal**, p. 424.

¹¹⁰⁶ Cf. 6.2.4, *supra*.

¹¹⁰⁷ Cf. item 6.2.4.1.5.3, *infra*.

estudo, entender que aquela deva ser solta? Nesse caso, teria a autoridade policial descumprido a cláusula constitucional, pois ela teria levado à prisão quem, posto ter sido reconhecido o direito à liberdade provisória, não deveria. Ademais, outra indagação se impõe: se o exame quanto ao direito à liberdade provisória, como aqui já foi dito, nesses casos de prisão em flagrante delito, pressupõe uma prisão válida, processada sem vícios formais, como cumprir a garantia constitucional que diz assegurar o direito de a pessoa, nessa hipótese, não ser levada à prisão? O impasse dogmático é evidente: o direito à liberdade provisória pressupõe que a pessoa tenha sido presa legalmente, enquanto a Constituição diz que a pessoa que detém esse direito à liberdade provisória não pode ser levada à prisão.

O problema dogmático é resolvido na medida em que se entender, como aqui está sendo defendido, que o flagrante delito não acarreta a prisão do agente, mas apenas a sua detenção. Dessa forma, a prisão em flagrante não tem a propriedade de levar o agente à prisão, mas apenas de detê-lo para que o juiz, este sim, decida a sua sorte, devendo, porém, deixar de prendê-lo, ou seja, não levá-lo à prisão, quando ele tiver o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança. Com o que foi dito, resta patente que a natureza jurídica da prisão em flagrante é de ato administrativo tão somente, não possuindo, por conseguinte, natureza jurisdicional, o que, por via de consequência, infirma qualquer pretensão de querer situá-la como medida processual acautelatória com a qual se determina a prisão de alguém, pois ela serve, apenas, para a detenção, devendo, a consequência daí decorrente, relaxamento da prisão, decretação da prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória, ser analisada e decidida pelo juiz.

Ao contrário do que pode parecer, essa não se trata de uma questão bizantina, sem importância prática. Mesmo com a mutação do sistema normativo muitos magistrados, em caso de flagrante delito, persistiam na *práxis* de observar a legalidade do ato para, então, entendendo que não era o caso de relaxamento da prisão, de forma simplista, apenas proceder à homologação, sem analisar, portanto, se havia motivo, ou não, para que o detido ficasse preso.

A eventual análise percuciente do juiz a respeito da existência, ou não, dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, ficava condicionada à existência de pedido de liberdade provisória, manejado pela defesa, o que raramente ocorria quando se tratava de pessoa integrante das camadas sociais mais carentes.

Ademais, nos mutirões carcerários, ação promovida pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário — DMF, verificou-se que os casos mais agudos de prisões desnecessárias residiam exatamente quando, ocorrida a prisão em flagrante, a situação não era analisada pelo juiz competente quanto à presença dos fundamentos da prisão preventiva, uma vez que o exame, via de regra, consistia, como dito, apenas, em verificar a legalidade, ou não, do ato administrativo, para, então, decidir pela sua homologação.

Ou seja, quando a detenção/prisão decorria de flagrante delito, salvo se houvesse pedido de concessão de liberdade provisória, a pessoa ficava encarcerada sem decisão judicial fundamentada demonstrando a necessidade de que permanecesse na prisão. Não havia propriamente decisão, quando muito mera *homologação*, sem a devida fundamentação, muito embora o flagrante represente hipótese de restrição de direito fundamental da magnitude do direito à liberdade. Além de não haver decisão fundamentada, o mais interessado nessa história toda, o preso, não tinha a oportunidade de exercer o contraditório, ou seja, de ser ouvido antes de o juiz decidir a respeito¹¹⁰⁸.

Na tentativa de obviar essa situação, o Conselho Nacional de Justiça, sem se imiscuir na polêmica sobre ser a hipótese de conversão, ou não, da prisão em flagrante em preventiva, à época, editou a Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009, cujo art. 1º está assim redigido: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, imediatamente, ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais, fundamentar sobre: I — a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir; II — a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão

¹¹⁰⁸ Sobre a garantia da oportunidade de contraditório prévio antes da decisão do juiz sobre o flagrante delito, cf. item 6.2.4.1.5.1, *infra*.

preventiva, sempre por decisão fundamentada observada a legislação pertinente; ou III — o relaxamento da prisão ilegal”.

A Resolução do CNJ, nessa parte, era mais uma recomendação/orientação aos juízes, do que uma norma imperativa, que foi editada em razão de ter sido identificado, nos muitos mutirões carcerários realizados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – DMF, que os casos mais emblemáticos de recolhimento ao cárcere indevidamente tinham como origem o flagrante delito, ficando a pessoa presa por vários anos, sem que houvesse, sequer, uma decisão judicial dando os motivos pelos quais deveria a pessoa ficar na prisão.

Por isso mesmo, mostrava-se mais do que necessário alterar a legislação de regência, pois, para todos os efeitos, a redação anterior do art. 310 do Código de Processo Penal não era clara em relação à recomendação ofertada pelo CNJ.

Assim, na segunda etapa da Reforma Tópica, mediante as alterações promovidas pela Lei nº 12.403, de 2012, restou esclarecido que, não sendo o caso de relaxamento da prisão ilegal (inciso I do art. 310 do CPP) ou de *conceder liberdade provisória, com ou sem fiança* (inciso III do art. 310 do CPP), o juiz deverá “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão” (inciso II do art. 310 do CPP).

Ficou esclarecido, portanto, que, a partir de então, por expressa previsão normativa, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, caso entendesse que a pessoa deveria ficar recolhida na prisão, não poderia mais se contentar em homologar a *detenção* ou o ato administrativo levado a seu conhecimento por meio do respectivo auto, pois teria de proferir *decisão fundamentada*, justificando a conversão da detenção/prisão em flagrante em medida cautelar, que poderia ser a prisão, se e quando as medidas diversas da prisão não fossem suficientes e adequadas.

Aqui merece destaque que não se impôs, apenas, a necessidade da fundamentação sobre a detenção. Mantendo a coerência sistêmica decorrente do princípio da subsidiariedade da prisão preventiva ou mesmo temporária como medida cautelar¹¹⁰⁹, o magistrado, na decisão na qual proceder à conversão do flagrante em prisão preventiva, deve expor fundamentação quanto à *inadequação ou insuficiência* das medidas cautelares diversas da prisão¹¹¹⁰.

Sem embargo do que aqui foi dito, em boa hora, indo mais longe, o Conselho Nacional de Justiça, com esteio na Convenção Americana dos Direitos Humanos, por meio da Resolução nº 213, de 2015, tornou obrigatória, quando da detenção ou prisão processual, a apresentação do detido ou preso ao juiz, que, em audiência com as presenças do Ministério Público e da defesa, após a interrogatório, deve proferir decisão fundamentada sobre a decretação da prisão.

No ponto, a Lei nº 13.964, de 2019, alterou o caput do art. 310 do CPP, apenas para inserir em lei ordinária a obrigatoriedade da realização da audiência de apresentação (custódia) para fins de apreciação do auto de flagrante delito.

Quanto ao sujeito passivo do flagrante, tem-se que, em princípio, qualquer pessoa pode ser detida nessa situação. A exceção mais importante é em razão da imputabilidade penal, que em nosso sistema só se inicia para os que têm 18 ou mais anos de idade. O menor de idade, quando flagrado na prática de ato infracional, conforme a nomenclatura empregada no Estatuto da Criança e do Adolescente, é *apreendida*, nos termos do art. 16 e seguintes da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Portanto, não é correto falar-se em detenção ou prisão em flagrante de menor, mas, sim, de *apreensão em flagrante*. Detenção ou prisão em flagrante é em relação a quem é imputável.

Quando se trata de crime de menor potencial ofensivo, assumindo o autor do fato o compromisso de comparecer ao juizado especial, a autoridade policial deve deixar de formalizar a detenção/prisão em flagrante, não podendo, nem mesmo, exigir o pagamento de fiança (art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099, de 1995).

A apresentação espontânea do agente, conquanto não impeça a decretação de prisão

¹¹⁰⁹ Cf. item 6.1.5, supra.

¹¹¹⁰ Cf. item 6.2.4.1.5.3, infra.

preventiva, é situação em que, mesmo ocorrida instantes após a prática do crime, não caracteriza flagrante delito, havendo previsão expressa de que “Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulta vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.” A despeito de nesse caso a prestação de socorro se assemelhar à situação da apresentação espontânea, a preocupação do legislador foi estimular o atendimento à vítima pelo próprio condutor do veículo, evitando que ele deixe de fazê-lo com receio de ser detido ou preso em flagrante.

O art. 1º, I, do Código de Processo Penal esclarece que a sua aplicação ressalva o que disposto nos tratados, convenções e regras de direito internacional, merecendo registro, no ponto, a convenção de Viena, assinada em 18 de abril de 1961 e aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 103, de 1964, que exclui a aplicação da lei penal ao crime praticado no Brasil por pessoas que estejam no exercício de funções internacionais. É a chamada imunidade diplomática, que se aplica no caso de flagrante delito. Em princípio, essa imunidade diplomática se estende aos agentes diplomáticos, aos seus familiares e aos funcionários de organização internacional, quando em serviço.

O art. 86, § 4º, da Constituição confere imunidade ao Presidente da República, durante a vigência do mandato, quanto a crimes que não tenham relação com o exercício de suas funções. Indo mais além, mesmo em se tratando de ilícito praticado em razão do cargo ocupado, proíbe que o Presidente da República seja passível de detenção ou prisão, senão com base em sentença condenatória (art. 86, § 3º). Assim, no exercício do cargo, o presidente não pode ser detido ou preso em flagrante delito, muito menos pode ser decretada a sua prisão preventiva.

A regra em relação aos membros do Congresso Nacional é diferente. O art. 53, § 2º, da Constituição, em redação canhestra, preceitua que, “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

A forma como redigida a imunidade parlamentar relativa à prisão dá a entender que ele só pode vir a ser preso se for uma detenção/prisão em flagrante e, ainda assim, tão-somente se o crime for inafiançável. Deixando para falar sobre a possibilidade de decretação de prisão preventiva de parlamente mais adiante¹¹¹¹, resta, no momento, salientar que o parlamentar não pode ser detido ou preso em flagrante, quando se trata de crime afiançável, que hoje é a regra em nosso sistema, em compasso com o explicitado no item 6.3.1.9 e seguintes, infra.

Essa imunidade formal, a chamada *freedom from arrest*, prevista expressamente na Constituição para os Deputados e Senadores, em princípio, é estendida aos Deputados Estaduais, em razão do disposto no art. 27, § 1º, da Constituição. Isso porque, conforme entendimento Corte Superior, a sua Súmula nº 3 (“A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita à Justiça do Estado”), editada em 1963, antes, portanto, da Constituição de 1988, estaria superada, conforme informação que consta da sua página eletrônica.

A respeito, no RE 456.678, relator Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal asseverou que “com o advento da Constituição de 1988 (art. 27, § 1º), que tornou aplicáveis, sem restrições, aos das Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, as normas sobre imunidades parlamentares dos integrantes do Congresso Nacional, ficou superada a tese da Súmula 3 do STF (...) que tem por suporte necessário que o reconhecimento aos deputados estaduais das imunidades dos congressistas não derivava necessariamente da Constituição Federal, mas decorreria de decisão autônoma do constituinte local”¹¹¹².

Acontece que essa questão voltou à baila no Supremo Tribunal, em razão das ADIs 5.823, 5.824 e 5.825, com as quais são questionados dispositivos das Constituições dos Estados do Rio Grande do Norte, do Rio de Janeiro e do Mato Grosso, as quais estendem aos Deputados Estaduais as imunidades formais previstas no art. 54 da Constituição da República. O Plenário do Supremo

¹¹¹¹ Cf. item 6.2.5.1, infra.

¹¹¹² Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 9 out. 2018.

iniciou o julgamento conjunto das ADIs, mas ainda não houve a conclusão, pois faltam os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso¹¹¹³. De toda sorte, cinco ministros – Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli (este em menor extensão) e Cármen Lúcia – votaram no sentido da concessão das liminares, tendo votado contra os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Alexandre de Moraes.

Porém, quanto aos Vereadores, a posição sedimentada é de que, em relação a eles, essa regra de exceção se contém na *inviolabilidade* por opiniões, palavras e votos se e quando proferidos no exercício do mandato e, ainda assim, nos limites da circunscrição do respectivo Município (art. 29, VIII, da Constituição).

Por fim, cabe salientar que a imunidade formal estampada na Constituição da República em relação aos parlamentares é *absoluta*, quanto ao flagrante de *crime afiançável*.

Os magistrados, membros do Ministério Público e advogados não possuem imunidade quanto à prisão. Porém, no que diz respeito aos juízes, a detenção/prisão em flagrante somente é possível em *crime inafiançável*, devendo a autoridade policial, logo após a lavratura do auto, providenciar a comunicação e apresentação ao Presidente do Tribunal (art. 33, II, da Lei Complementar nº 35, de 1979). Situação similar ocorre em relação aos membros do Ministério Público, sendo que a comunicação e apresentação deve ser ao Procurador-Geral de Justiça (art. 40, III, da Lei nº 8.625, de 1993) ou ao Procurador-Geral da República (Lei Complementar nº 75, de 1993, art. 18, II, alínea *d*), conforme se trate de *parquet* estadual ou federal. A contrário senso, a conclusão é de que, tratando-se de crime afiançável, seja o juiz, seja o membro do Ministério Público, não poderá ser detido/preso em flagrante.

Uma indagação importante há de ser feita, em razão de alguns casos concretos surgidos. Nesses casos em que não é possível o flagrante delito, o que deve a polícia ostensiva fazer? Deixar que o crime continue sentido praticado, sem a possibilidade de intervenção? Naturalmente que a regra não deve ser entendida dessa maneira. Pela impossibilidade de detenção por flagrante delito em crime afiançável, entenda-se o procedimento de conduzir a pessoa para a delegacia de polícia ou central de flagrantes, devendo, em qualquer situação, a autoridade policial intervir para sustar a ação ilícita flagrada. Assim, o agente não pode ser detido ou preso. Mas o agente de polícia deve agir para sustar a prática do crime.

Por fim, quanto ao advogado não há nenhum tipo de imunidade. A Lei nº 8.906, de 1994, art. 7º, inciso IV, assegura ao advogado apenas a “... presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB”. Portanto, a prerrogativa quanto ao flagrante é de duas ordens. Se a detenção é por fato referente ao exercício da profissão, a lavratura do auto tem de ser na presença de um representante da Ordem dos Advogados do Brasil. Não havendo pertinência com o exercício da advocacia, a prerrogativa diz respeito apenas à necessidade de comunicação específica à OAB.

6.2.4.1. Procedimento da detenção/prisão em flagrante

Uma das principais funções do Estado é garantir a segurança das pessoas, a vida social em harmonia e ordem, sendo esse dever cumprido mercê do exercício daquilo que a doutrina convencionou denominar *poder de polícia*. Na perspectiva moderna, os direitos fundamentais, a par de importarem em limitação à persecução criminal, atribuem ao Estado o *dever-poder de proteção* dos direitos mais caros à sociedade, de modo a coibir as ações ilícitas praticadas contra a vida, a inviolabilidade física e psíquica, a honra, a imagem, a intimidade, ao patrimônio etc. O poder de polícia, assim, para todos os efeitos, é mais um *dever* do que um *poder*, o qual, em verdade, vai além da segurança pública, porquanto esta é, apenas, uma de suas modalidades¹¹¹⁴.

¹¹¹³ Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento. Acesso em: 9 out. 2018.

¹¹¹⁴ Com o que vem de ser dito, nota-se que essa atividade de polícia do Estado, que vai além da questão afeta propriamente à segurança pública, que é uma de suas modalidades, tem duas dimensões: (1) uma relativa às pessoas, na medida em que

Quanto à segurança pública, esse poder de polícia se apresenta sob duas espécies: *polícia administrativa ou ostensiva e polícia judiciária*. A primeira “... possui como escopo impedir as transgressões às normas jurídicas e manter a ordem pública, mediante a intervenção nas relações, com a finalidade de evitar ou sustar a ocorrência de ilícitos”¹¹¹⁵, enquanto a segunda, “impropriamente conhecida como polícia judiciária, ocupa-se em investigar os crimes que escaparam do patrulhamento preventivo e interventivo da polícia administrativa”.¹¹¹⁶

Como no âmbito criminal, ainda que os direitos fundamentais sejam observados apenas quanto a sua função de limitar o exercício do *dever de punir do Estado*, sendo válida essa assertiva para todo e qualquer poder de polícia, em relação aos órgãos que se ocupam em desenvolver os atos de *polícia ostensiva e de preservação da ordem* há um tratamento especial, até porque, nesse caso, a atividade estatal não é levada a efeito com a finalidade de punir, porém de prevenir ou sustar a prática de um delito, ademais de ser desempenhada em situações que exigem imediata intervenção. Seria surreal que, em caso de flagrante delito, tendo em conta que a liberdade é um direito fundamental, para deter a pessoa, a autoridade policial, antes de agir, tivesse de ser autorizada por decisão fundamentada de um juiz.

Por conseguinte, nos termos do art. 5º, LXI, a Constituição garante que, de regra, para a validade da prisão de alguém, exige-se ordem escrita e fundamentada de juiz, porém, excepcionalmente, quando for hipótese de flagrante delito, a polícia ostensiva ou qualquer do povo pode, independentemente de autorização judicial, efetuar a detenção/prisão.

O constituinte de 2008, no afã de evitar arbitrariedades e permitir maior controle dessa situação excepcionalíssima, em que a pessoa tem o seu direito de liberdade restringido mesmo sem ordem judicial, elencou formalidades a serem observadas na hipótese de detenção/prisão em flagrante, a ponto de não ser despropositado falar-se na existência, a esse respeito, de um catálogo de direitos específicos para a proteção ao direito de liberdade, todos eles de cumprimento obrigatório, sob pena de considerado inválido perante a ordem jurídica, a denotar o direito ao relaxamento da prisão.

Esse catálogo de direitos referentes aos aspectos formais do flagrante delito são os seguintes: (1) comunicação imediata, não só ao juiz competente, como também à família ou pessoa indicada, da ocorrência da detenção, com informação do local no qual está recolhida a pessoa (art. 5º, LXII); (2) informação ao detido dos seus direitos, especialmente o de permanecer calado (art. 5º, LXIII, primeira parte); (3) assistência jurídica e familiar (art. 5º, LXIII, segunda parte); (4) identificação do responsável pela prisão ou pelo interrogatório policial (art. 5º, LXIV); (5) relaxamento imediato da prisão ilegal (art. 5º, LXV); (6) não ser levado à prisão, quando tiver o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI); (7) ser encaminhado para estabelecimento adequado (art. 5º, XLVIII e L); e (8) respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX).

Na Reforma Tópica contida na Lei nº 12.403, de 2011, o legislador cuidou de regulamentar esses direitos, o que foi complementado pela Lei nº 13.964, de 2019¹¹¹⁷. Em suma, esses direitos dizem respeito (a) recolhimento separado do detido em flagrante (art. 300, caput e parágrafo único); (b) direito à comunicação imediata ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 306, caput); (c) direito à audiência de apresentação (custódia) e à assistência jurídica. Esses 3 (três) direitos serão analisados, a seguir,

concede tutela à vida, à honra, à liberdade e ao patrimônio, bem como aos direitos e interesses valorados pelo sistema jurídico, pertencentes ao ser humano não apenas em razão dessa condição, mas também tendo em consideração a vida da pessoa em sociedade. Sob outra perspectiva, (2) o poder de polícia leva em consideração a figura do Estado, dimensão na qual esse atributo estatal “... tutela a livre função dos órgãos públicos, a honra, o patrimônio e todos os demais direitos e interesses respeitáveis, ao mesmo tempo que garante, principalmente, a própria existência do Estado e de sua forma de governo.” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 309).

¹¹¹⁵ Ibid.

¹¹¹⁶ Ibid.

¹¹¹⁷ Sobre esse catálogo de direitos referentes à detenção/prisão em flagrante, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 882-894.

esmiuçados em tópicos específicos.

6.2.4.1.1. Recolhimento em separado do detido em flagrante

O inciso XLVIII do art. 5º da Constituição determina que, quando do recolhimento ao cárcere, seja promovida a separação dos presos, levando em consideração a natureza do delito, a idade e o sexo da pessoa. À primeira vista, até parece que o comando normativo em destaque fora redigido tendo como foco os presos condenados. Esse mandamento constitucional, embora, da forma como redigido, pareça direcionado aos que já forem condenados, aplica-se, evidentemente e até com mais razão, a quem é preso provisoriamente, a título precaríssimo, como é o caso da detenção em flagrante delito.

A garantia do direito ao preso provisório de ficar recolhido em local separado do destinado aos presos definitivos tem em mira, notadamente, prevenir para que a estada daquele não se preste para desenvolver a sua potencialidade criminógena, assim como para evitar que os presos, a mais tempo recolhidos e com o sentimento de permanência por espaço temporal considerável, invariavelmente mais organizados e/ou adaptados ao sistema prisional, venham a se sobrepor aos presos provisórios ou temporários.

Em razão desse preceito constitucional, a detenção em flagrante delito exige, como formalidade para a sua plena legalidade, que a autoridade policial cuide, também, de encaminhar o detido para o estabelecimento adequado (art. 5º, XLVIII e L). Se o agente, flagrado quando da prática do ilícito, é apenas detido provisoriamente, em situação precária, enquanto o juiz, na audiência de apresentação (custódia) decide sobre o direito de liberdade, assim como foi salientado acima, não pode o detido ser encaminhado para estabelecimento penal, senão após a ordem judicial.

No ponto, mesmo antes da Constituição de 1988, a Lei de Execução Penal tratou de anunciar, peremptoriamente, que “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado” (art. 84, caput). Para tanto, mais adiante, após reservar os estabelecimentos denominados penitenciária e colônia agrícola, industrial ou similar para o cumprimento da pena dos condenados (art. 87 e 91)¹¹¹⁸, o legislador infraconstitucional esclareceu que “A Cadeia Pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios” (art. 102). Uma das finalidades a ser atingida com a conservação do preso provisório em cadeia pública, além de mantê-lo distante de quem já foi condenado, é deixá-lo “... em local próximo ao seu meio social e familiar” (art. 103, segunda parte, da Lei de Execução Penal). Observe-se ainda que, por imposição legal, cada comarca deve possuir, pelo menos, uma cadeia pública (art. 103, primeira parte, da Lei de Execução Penal).

Na reforma levada a efeito por meio da Lei nº 12.403, de 2011, foi alterado o art. 300 do CPP, especialmente para retirar a *expressão sempre que possível* e, em seu lugar, de forma imperativa, deixar consignado que “As pessoas presas provisoriamente *ficarão* separadas das que já estiverem definitivamente condenadas...” (Grifamos). Ou seja, a norma, com a alteração promovida, passou a ser *imperativa* quanto à separação entre os presos provisórios e definitivos.

O regramento acima especificado diz respeito, porém, ao preso provisório, não ao *detido em flagrante*, cuja sorte ainda será decidida na audiência de apresentação (custódia). A esse respeito, sem embargo da ausência dispositivo constitucional expresso, a partir da interpretação do preceito segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI, da Constituição), o detido, antes da decisão do juiz na audiência de apresentação (custódia) determinando a prisão, tem de ficar recolhido em espécie de *central de custódia ou de flagrante*. Não deve ser encaminhado, sequer, para a cadeia pública.

Por conseguinte, para a regularidade formal da *detenção em flagrante* delito, é preciso que o detido seja mantido na *central de custódia ou local similar*, só podendo ser encaminhado pelo delegado de polícia para a *cadeia pública*, após a decisão do juiz decretando a prisão

¹¹¹⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução penal no sistema penitenciário federal*, p. 83-98.

temporária ou preventiva. Muitas cidades, porém, não possuem, sequer, as cadeias públicas, omissão que é remediada com a utilização das delegacias de polícia para esse fim, o que é melhor do que enviar, os detidos para penitenciárias ou colônias agrícolas, industriais ou similares, antes da decisão na audiência de apresentação (custódia).

Assim, o juiz, na audiência de apresentação (custódia), ao analisar o auto de prisão em flagrante, deve verificar qual o local em que a pessoa está detida. Na hipótese de ser feita a conversão da *detenção/prisão em prisão preventiva*, o juiz, assim como faz na sentença condenatória, deve dizer em qual estabelecimento criminal, destinado a preso provisório, deve ser recolhida a pessoa¹¹¹⁹, salvo, claro, se o agente for foragido, que tem mandado de prisão definitiva contra si.

Se assim não for, a norma não terá eficácia, ademais de a garantia constitucional, regulamentada pelo legislador infraconstitucional, continuar a ser descumprida. Admite-se que, diante das singularidades de cada Estado, o juiz, na decisão, não especifique o local propriamente dito, mas, desde logo, deixe ressaltado que o recolhimento do preso provisório deverá ser separado de onde estão os presos definitivos, ademais de determinar que, tão logo cumprido o mandado de prisão, comunique ao juízo em qual unidade prisional está o preso.

Infelizmente, há uma carência muito grande de estabelecimentos carcerários sob a modalidade de cadeia pública, o que levou à praxe, inadequada, de proceder-se ao recolhimento de presos provisórios em penitenciárias ou em delegacias. A situação era tão grave que, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, no início de 2010, havia no país 56.414 mil presos em delegacias¹¹²⁰. Essa forma de remediar o problema ocasiona outros mais graves. De um lado, compromete o trabalho investigatório dos agentes policiais, que precisam compartilhar a função de *polícia judiciária* com a de *guarda de presos*¹¹²¹. De outro, facilita as fugas e o resgate de presos, pois as delegacias não são construídas para o recolhimento de pessoas, razão pela qual não obedecem aos padrões de segurança para o encarceramento, mas, quando muito, apenas para a custódia durante o período necessário à lavratura do flagrante e, até mesmo, a conversão, ou não, em prisão preventiva. As fugas de delegacias são frequentes, da mesma forma como os resgates de presos¹¹²².

Essa situação melhorou muito, a partir do trabalho do Conselho Nacional de Justiça desenvolvido nos mutirões carcerários e pelo fato de o referido órgão ter estabelecido, para 2010, a política de meta zero de presos em delegacias. Todavia, em alguns estados, porém, o problema persiste, a ponto de o assunto ainda ser pauta dos meios de comunicação. Em outros, simbolicamente, o prédio que tinha o nome de delegacia passou a ser denominado cadeia pública.

O legislador se preocupou, ainda, com a peculiaridade do preso que ostenta a condição de militar, pelo que cuidou de explicitar, no parágrafo único do art. 300 do CPP: “O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes”.

Verifica-se, aqui, a incoerência entre o conteúdo do caput do art. 300 e o de seu parágrafo único. Em compasso com o exposto linhas acima, a norma do caput contempla regra pertinente a todo e qualquer tipo de detenção ou prisão que não seja definitiva. A do parágrafo único, ao contrário, refere-se, especificamente, ao *preso em flagrante delito*. Até por questão de ordem

¹¹¹⁹ Art. 310, II, do CPP.

¹¹²⁰ Os estados com maior número de presos em delegacias eram, respectivamente: Paraná (15.274; Minas Gerais (11.326); São Paulo (9.400) e Bahia (6.069) cf. (<http://www.cnj.jus.br/noticias/8607-presidente-do-cnj-afirma-que-2010-sera-o-ano-da-justica-criminal>). Acesso em: 24 ago. 2011).

¹¹²¹ Sob o argumento de que o recolhimento do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva à prisão na carceragem da Superintendência da Polícia Federal no Paraná estava ocasionando prejuízos aos serviços ordinários da instituição, o sindicato dos delegados da polícia federal pediu a sua transferência (BRASIL. Agência Brasil. Disponível em www.agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2018-04/sindicato-da-pf-pede-transferencia-de-lula. Acesso em: 12 ago. 2018).

¹¹²² Nas palavras do Conselho Nacional de Justiça, “preso em delegacia é sinônimo de superlotação, tortura, fuga, resgate de presos e repercute diretamente na segurança pública.” (<http://www.cnj.jus.br/noticias/8607-presidente-do-cnj-afirma-que-2010-sera-o-ano-da-justica-criminal>). Acesso em: 24 ago. 2011).

lógica, impõe-se entender que o comando normativo do parágrafo único é aplicável, igualmente, a toda e qualquer hipótese em que o recolhimento à prisão não seja decorrente de cumprimento de pena imposta em sentença condenatória transitada em julgado.

De outro lado, em que pese a tentativa de apresentar solução normativa à situação do preso militar que, por motivos óbvios, não deve ficar recolhido no mesmo ambiente em que estão os demais presos, a efetiva situação que se pretendeu tutelar com a norma não está bem explicitada¹¹²³. O problema em si não é a circunstância de o preso provisório ainda integrar os quadros da instituição militar enquanto está recolhido. Não é rara a situação em que a pessoa, quando ocorre a prisão, integra os quadros da corporação castrense, porém, pouco tempo depois, exatamente em razão dessa circunstância, vem a ser expulsa da instituição.

E aí, perdida a patente, mesmo sendo preso provisório, o ex-militar deve ser recolhido junto aos demais presos? Naturalmente que não. Em qualquer presídio que se visite vemos, mesmo em relação aos presos definitivos, a separação de ex-integrantes de instituições policiais dos demais presos.

Ademais, inúmeras outras categorias profissionais merecem a mesma distinção. Um policial civil, por exemplo, que não estaria protegido pela norma, em princípio, não é colocado no meio dos demais presos, o mesmo ocorrendo com ex-membros do Ministério Público e da magistratura¹¹²⁴.

Ao que parece, a norma expressou mais o interesse corporativo da alta hierarquia militar quanto ao direito de o recolhimento se verificar no quartel do que o do militar de não ficar preso em qualquer unidade prisional. Essa conclusão se torna mais acertada quando analisado, com mais atenção, o que dispõe o parágrafo único do art. 300 do CPP. Com efeito, o direito assegurado pela regra jurídica em destaque não se restringe ao recolhimento *em quartel*, pois confere a garantia de que esse recolhimento seja *no quartel da instituição a que pertencer*. Ou seja, o militar tem o direito de ficar recolhido sob a autoridade de seus superiores.

Por conseguinte, tendo o militar praticado o crime em unidade da federação diversa daquela na qual exerce suas funções, ainda assim, o seu recolhimento haverá de ser no local da sede da corporação militar na qual é lotado. A norma, como se vê, foi longe demais, no sentido de preservar a autoridade dos superiores do militar preso, em detrimento, até mesmo, da instrução do processo, em um país das dimensões territoriais do Brasil.

Por outro lado, sendo a pessoa detida mulher, mãe de filho ainda no período de amamentação, o inciso L do art. 5º da Constituição assegura o direito de que, no local onde se encontra recolhida, sejam asseguradas as condições indispensáveis para que dê continuidade ao aleitamento materno, garantia que já estava consolidada na legislação ordinária, a qual determina que todo estabelecimento penal – dentre eles, obviamente, a cadeia pública – seja dotado de berçário, onde se possa fazer a amamentação dos filhos (art. 83, § 3º, da Lei de Execução Penal).

Na segunda etapa da Reforma Tópica o legislador foi mais sensível, de maneira a prever, dentre as hipóteses para substituir a prisão processual no cárcere pela prisão domiciliar, quando o agente for *imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência ou gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco* (art. 318, III e IV, do CPP, acrescentados pela Lei 12.403, de 2011). No mesmo passo, a Lei nº 13.257, de 2016, acrescentou que, quando da lavratura do auto de flagrante delito “deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa” (art. § 4º do art. 304 do CPP).

¹¹²³ O parágrafo único do art. 300 do CPP não constava da proposta apresentada pela Comissão de Reforma.

¹¹²⁴ Cf. item 6.2.5.2.2, infra.

6.2.4.1.2. Comunicação imediata ao juiz, à família ou pessoa indicada pelo detido

Se o flagrante é uma situação excepcional em que se admite a flexibilização de um direito fundamental sem que haja prévia autorização judicial, natural que isso venha a merecer especial atenção por parte do constituinte, a fim de evitar que ocorram arbitrariedades e que, acaso ocorridas, não se possa, de imediato, saná-las. Para tanto, é imprescindível que o assunto seja levado, o quanto antes, ao conhecimento do Judiciário, o que, via de regra, não pode ser feito pelo titular do direito de liberdade, uma vez que está encarcerado, sem poder, ele próprio, buscar a proteção jurídica.

A Constituição alemã não estipula um prazo para que a autoridade responsável pela privação do direito de liberdade, quando flagra alguém na prática de um delito, faça a devida comunicação ao Judiciário, mas diz que essa comunicação ao juiz tem de ser feita sem demora, a par de garantir, ainda, que, até o dia seguinte, deve ser providenciada a oitiva do preso (*direito de audiência*) em juízo (art. 104, 2, segunda e terceira partes).

A Constituição da Espanha também, ainda que indiretamente, confere o direito ao detido de ser ouvido imediatamente pelo juiz, pois naquele sistema jurídico uma das finalidades do habeas corpus é materializar o direito da pessoa de ser ouvida pelo juiz responsável em decidir se deverá ser presa, ou não (art. 171, 4)¹¹²⁵.

O sistema constitucional brasileiro, infelizmente, não assegura ao detido o direito de ser apresentado ao juiz, a fim de, perante ele, apresentar as suas explicações sobre o que ocorreu. O máximo que se concedeu foi o direito de o preso ter a sua detenção/prisão *imediatamente* comunicada ao juiz e a alguém da família ou a pessoa por ele indicada. Aqui, ao que parece, falou mais alto a nossa tradição do processo escrito, em detrimento da oralidade.

No esboço histórico das constituições brasileiras, percebe-se que a Carta Imperial dizia que, quando a prisão em flagrante fosse feita próxima à casa do juiz, caberia a este, ele próprio, expedir nota de culpa à pessoa, dentro do prazo de 24 horas¹¹²⁶. Naquela época, não havia ainda a necessária separação das funções policiais e judiciárias, o que explica dar-se ao juiz a atribuição de expedir a nota de culpa, tarefa que é típica da autoridade policial.

Ademais, justamente devido a essa ausência de separação entre as atividades policiais e judiciárias, naquela Carta Política, não se assegurou à pessoa o direito de ter a sua detenção comunicada ao juiz, mas sim de o detido ser comunicado por meio do magistrado a razão pela qual se deu a detenção. Silente a Constituição de 1891, coube à Carta de 1934 iniciar a nossa tradição de catalogar, dentre os direitos fundamentais, a garantia de que a detenção em flagrante delito seja comunicada imediatamente ao juiz. Essa garantia desapareceu do rol dos direitos fundamentais com a Constituição de 1937, mas recuperou prestígio com a de 1946. Acontece que a Constituição de 1946, no art. 141, § 22, dizia que a comunicação da detenção deveria ser endereçada à autoridade competente, dando margem para o legislador subconstitucional disciplinar de modo a estabelecer que essa informação fosse passada a outra autoridade que não a judicante. A Constituição de 1967, porém, manteve a cláusula da comunicação imediata, mas teve o cuidado de especificar, a fim de afastar qualquer incompreensão, que ela deveria ser feita na pessoa do juiz (art. 153, § 12).

A Constituição de 1988 ratificou a necessidade de que a comunicação seja *imediatamente* prestada ao juiz, acrescentando apenas que a informação deve ser encaminhada, ainda, a uma pessoa da família ou da confiança do detido, permanecendo com a tradição de não assegurar o direito de audiência.

É verdade que em nosso meio o habeas corpus pode ser manejado com a finalidade de dar ao detido a oportunidade de ser ouvido pelo juiz antes de decidir sobre a conversão, ou não, da prisão em flagrante na prisão detentiva. Mas o art. 656 do Código de Processo Penal deixa ao talante do juiz entender quando essa audiência é necessária. Na prática, devido a nossa cultura do

¹¹²⁵ Lorca Navarrete esclarece que o habeas corpus, tal como ele está previsto no sistema espanhol, tem a finalidade de garantir ao detido o direito de ser ouvido pelo juiz (**Derechos fundamentales y jurisprudencia**, p. 77).

¹¹²⁶ Conforme o art. 179, § 10, da Constituição Imperial, para os casos em que a prisão fosse efetuada em local distante da residência do juiz, a entrega da nota de culpa seria em prazo razoável.

processo escrito, raramente o juiz determina a apresentação do detido, antes de decidir a respeito, a ponto de Damásio de Jesus anotar que tal apresentação se constitui letra morta na prática¹¹²⁷.

Portanto, o constituinte brasileiro se contentou em conferir ao detido o direito de a sua prisão ser comunicada diretamente ao juiz e, ademais, a alguém da família ou outra pessoa por ele indicada, em detrimento do *direito de audiência*. Ainda assim, tendo em consideração a assertiva de que os direitos fundamentais são mínimos, de modo que o legislador infraconstitucional pode ampliá-los, o ideal seria que as novas regras sobre a detenção/prisão em flagrante tivessem estabelecido o *direito de audiência do detido* com o magistrado responsável em decidir sobre a questão. Perdeu-se, pela segunda vez, grande oportunidade para tanto.

Dessa matéria o legislador ordinário já havia se ocupado com a edição da Lei nº 11.449, de 2007, porém, no ponto, cuidou apenas de repetir a regra constitucional. E aqui a Comissão de Reforma, de cujo texto teve origem a Lei nº 12.403, de 2011, merece ser criticada, não apenas por ter sido conservadora quanto à garantia constitucional, mas também por não ter mantido uma coerência sistêmica com o princípio da oralidade, uma das cláusulas reitoras das modificações encaminhadas ao Congresso Nacional¹¹²⁸.

Ora, com as novas regras, antes de decidir sobre a conversão, ou não, da detenção/prisão em flagrante na prisão preventiva, o juiz deveria dar a oportunidade para o contraditório, porém, um contraditório apenas escrito¹¹²⁹. O melhor seria que o legislador, seguindo os demais ordenamentos jurídicos que adotam o sistema acusatório e, de permeio, o princípio da oralidade, quando não fosse o caso de concessão, de ofício, do relaxamento da prisão ou de liberdade provisória, decidisse sobre a conversão, ou não, da detenção/prisão na prisão preventiva em audiência, com as presenças tanto do Ministério Público quanto da defesa, ademais da oitiva do detido.

Em que pese a ausência de iniciativa do legislador em incluir a oralidade em outros momentos do processo penal e não apenas na audiência de instrução e julgamento, na 2ª edição deste sustentamos que nada obstava que o juiz, para melhor decidir a respeito, quando não fosse o caso de decisão de ofício pelo relaxamento da prisão ou pela concessão da liberdade provisória, se entendesse pertinente, designasse audiência para o dia seguinte ao do envio do auto de prisão em flagrante, a fim de, após e ouvir o detido e as manifestações do Ministério Público e da defesa, decidir sobre a conversão, ou não, da detenção em prisão ou em medida não detentiva, o que finalmente foi implantado em nosso meio, primeiramente por meio de Resolução do Conselho Nacional de Justiça e, posteriormente pela Lei nº 13.964, de 2019¹¹³⁰.

De toda forma, a garantia constitucional à comunicação imediata não se contenta com a mera informação de que a prisão ocorreu, sendo de mister a indicação onde se encontra detida a pessoa. A inclusão do local onde está detida a pessoa, quando da comunicação imediata da prisão tem três finalidades distintas: (a) demonstrar a legalidade da prisão quanto à observância da garantia constitucional assegurada ao detido provisório de ficar recolhido em local separado dos presos definitivo; (b) indicar para o juiz o local para aonde deverá enviar alguma comunicação, notadamente quando determine a sua apresentação em juízo ou eventual alvará de soltura; e (c) permitir que familiares, pessoas próximas, advogado ou a defensoria pública possam dar a devida assistência, especialmente a jurídica.

É importante essa última observação a respeito do escopo da comunicação imediata à família ou pessoa indicada pelo detido. Com isso o constituinte não assegura o direito à *defesa efetiva* no procedimento de lavratura do auto de detenção/prisão em flagrante, consistente na assistência jurídica propriamente dita, mas, pelo menos, o direito à informação do ocorrido para que, se for o caso, seja buscado o serviço de um advogado. Por isso mesmo, a excelsa Corte de Justiça, com desenganado acerto, decidiu: “Não ocorre descumprimento do inciso LXII do art. 5º

¹¹²⁷ JESUS, Damásio E. *Código de processo penal anotado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 504.

¹¹²⁸ Cf. item 3.2.2.6, supra.

¹¹²⁹ Cf. item 6.2.4.1.5.1, infra.

¹¹³⁰ Cf. item 6.2.4.1.5.1, infra.

da Constituição Federal, quando o preso, voluntariamente, não indica pessoa a ser comunicada da sua prisão”¹¹³¹.

No entanto, o problema é que o constituinte não disse o que é *comunicação imediata* nem muito menos estabeleceu prazo limite para que essa informação, a ser dada pela autoridade policial responsável pela detenção, seja transmitida ao juiz, a pessoa da família ou indicada pelo detido. Diante do silêncio no ambiente infraconstitucional, na praxe, tem-se entendido que comunicar imediatamente ao juiz se confunde com a necessidade de a autoridade policial encaminhar, no prazo de 24 horas, o auto de prisão em flagrante para o Judiciário.

Em verdade, sequer o Código de Processo Penal estabelecia, efetivamente, o prazo para a remessa ao juiz do auto de flagrante delito. Tal prazo era assinalado, isto sim, para que a autoridade policial entregasse ao detido a nota de culpa (art. 306, caput, do CPP, antes da redação determinada pela Lei nº 11.449, de 2007). Porém, como a nota de culpa era, como ainda é, documento que deveria constar do auto de flagrante delito, passou-se a entender que essa formalização da detenção efetuada pela autoridade policial deveria estar concluída e entregue, no mesmo prazo, ao juiz, a fim de que este observasse a sua regularidade formal, para decidir se seria o caso de relaxamento da detenção ou, não sendo esta a hipótese, decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória¹¹³².

No entanto, conforme visto acima, não é esse o comando constitucional. Quando o constituinte fala em *comunicação imediata*, ele não está querendo referir-se ao ato com o qual a autoridade policial envia o auto de prisão em flagrante. Uma coisa é a informação da ocorrência da detenção, outra, substancialmente diferente, é aquela com a qual a autoridade policial dá conta ao Judiciário de que concluiu a lavratura do auto de flagrante e encaminha toda a documentação, a fim de que seja proferida a decisão a respeito. A comunicação imediata da detenção não quer dizer informação quanto à conclusão do auto de flagrante delito, mas notícia de que há uma pessoa que está detida, sem que exista, ainda, uma ordem judicial.

Com isso, se quer dizer que a garantia constitucional no sentido de que o juiz seja comunicado *imediatamente* da detenção serve para que a autoridade judiciária, desde então, passe a controlar os passos da autoridade policial, até mesmo no que concerne à conclusão, no prazo legal de 24 (vinte e quatro) horas, do auto de flagrante delito. Com efeito, sendo a comunicação imediata, o juiz pode fazer o controle desde o início da detenção, assim como acompanhar, com mais rigor, o cumprimento do prazo e, sendo o caso, até mesmo antes da conclusão do auto de flagrante, já decidir que, após o interrogatório, a pessoa seja colocada em liberdade provisória¹¹³³.

Sem embargo disso, a comunicação imediata, tal como aqui se defende, quando não serve para que o juiz decida, antes mesmo da conclusão do auto em flagrante, sobre a concessão da liberdade provisória, presta-se para fazer com que o juiz seja, desde logo, avisado da existência de uma detenção cuja formalização está a ser enviada para o Judiciário¹¹³⁴.

Isso é importante porque não são raros os casos em que, enquanto está sendo concluído o auto do flagrante, o juiz toma conhecimento do fato em razão de pedido de concessão de liberdade provisória ou de habeas corpus ofertado em nome do detido e, mesmo assim, sem prejuízo do trabalho de finalização do procedimento policial, desde logo, determina a sua soltura, tão logo seja colhido o interrogatório.

¹¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro PAULO BROSSARD, Classe: HC — Processo: 69.630, DJ 04/12/1992, Disponível em: www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp Acesso em: 24 jul. 2005.

¹¹³² Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**, p. 378.

¹¹³³ Antes do envio do auto de prisão em flagrante, certamente será difícil o juiz fazer alguma conclusão a respeito da legalidade, ou não, da detenção. Mas poderá, em muitos casos, diante das circunstâncias a respeito do fato relatadas na comunicação imediata do flagrante, decidir que o agente deve, tão logo tenha prestado o seu interrogatório, ser colocada em liberdade provisória. Isso na prática ocorre algumas vezes.

¹¹³⁴ Em muitos casos, a prisão é efetuada nas primeiras horas de um dia, porém o envio do auto de prisão em flagrante somente se dá no dia seguinte. O pior é quando a prisão ocorre na noite do dia anterior, pois, nesse caso, a comunicação da detenção, feita por meio do envio do auto de prisão em flagrante, geralmente chega depois do encerramento do expediente forense do dia seguinte. Quando isso ocorre, há o risco, se não tiver havido a prévia comunicação imediata, de o juiz somente tomar conhecimento da prisão depois de mais de 24 horas.

Não fosse a relevância prática do que se deve entender por comunicação imediata suficiente para justificar a tese aqui defendida, ainda tem de ser levado em consideração o fato de que, se assim for, dificilmente haverá casos em que a pessoa passará a noite recolhida à prisão, sem que isso seja, sequer, do conhecimento de um juiz. Mantido o entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência brasileiras, tal dará ensejo a que, na prática, se dê continuidade à praxe de fazer com que o juiz somente venha a tomar conhecimento da detenção depois de o detido ter passado uma noite no cárcere, rotina que deve ser escoimada de um sistema democrático-constitucional, compreendido sob a ótica dos direitos fundamentais.

Conforme salientado, além da comunicação imediata ao juiz, a mesma providência deve ser feita em relação à família ou, sendo o caso, à pessoa indicada pelo detido. A autoridade policial deve ofertar ao detido os meios necessários para que essa garantia constitucional seja cumprida, disponibilizando o contato por meio telefônico ou outra via eficiente, podendo, até mesmo, fazer-se por meio de comunicação escrita entregue por agente policial. Essa garantia é importante porque possibilita o preso a contar com a assistência da família ou de uma pessoa de sua confiança em momento tão delicado, especialmente quanto à tomada de providências para que lhe seja prestada a devida assistência jurídica.

Em muitos casos, ao invés de avisar a um membro da família, a pessoa prefere que a comunicação seja levada a conhecimento de uma pessoa de sua confiança pessoal, geralmente alguém que exerce a advocacia. De todo modo, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “Não ocorre descumprimento do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal, quando o preso, voluntariamente, não indica pessoa a ser comunicada da sua prisão”¹¹³⁵.

Para dar a devida interpretação ao que se deve entender por comunicação imediata da detenção em flagrante, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, criada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil, propôs a modificação do art. 306 do Código de Processo Penal¹¹³⁶. Com isso, para o caput do artigo em referência, sugeriu-se a repetição do texto constitucional (“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”, art. 5º, LXII), com a transformação do atual parágrafo único em dois §§, o primeiro para dizer que “Dentro de 24 horas depois da prisão, deverá ser encaminhado ao juiz o auto de prisão em flagrante” e o segundo que, no mesmo prazo, deve ser “... dada ao preso, mediante recibo, nota de culpa, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas”. Essa sugestão foi acolhida integralmente pelo legislador, sendo editada, em consequência, a Lei nº 11.449, de 2007¹¹³⁷. A redação desse art. 306, caput e §§ 1º e 2º, está conforme determinado pela Lei nº 12.403, de 2011, com uma pequena e importante alteração, comentada a seguir.

Assim, com a Lei nº 11.449, de 2007, houve a preocupação, enfim, de fazer a distinção entre a *comunicação imediata* (caput do art. 306 do CPP)¹¹³⁸ e o *envio do auto de prisão em flagrante* (§ 1º do art. 306 do CPP). Mas o legislador não se ocupou de efetivamente regulamentar a garantia constitucional da *comunicação imediata da prisão*, na medida em que não definiu nem sequer disse como seria cumprida essa regra pela autoridade policial.

¹¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro PAULO BROSSARD, Classe: HC – Processo: 69.630, DJ 04/12/1992. Disponível em: www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp Acesso em: 24 jul. 2005.

¹¹³⁶ As propostas de reforma do Código de Processo Penal foram apresentadas ao Parlamento em 2005. No ano de 2006, essas sugestões foram entregues novamente, juntamente com mais duas outras propostas – reforma da Lei de Execução Penal e criação de Plano Estratégico de Proteção e Assistência a juizes colocados em situação de risco. Cf. BRASIL, Associação dos Juizes Federais do Brasil. Disponível em: www.ajufe.org.br. Acesso em: 19 jan. 2007.

¹¹³⁷ A única modificação em relação à sugestão encaminhada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe foi quanto ao acréscimo feito ao § 1º do art. 306, para fins de esclarecer que o auto de prisão em flagrante há de ser encaminhado, além de acompanhado de todas as oitivas colhidas (o que era desnecessário), em *cópia integral para a Defensoria Pública*, quando o *autuado* não informar o nome de seu advogado.

¹¹³⁸ O caput do art. 306 do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 11.449, de 2007, ficou assim: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.”

Infelizmente, a esse respeito, a Lei nº 12.403, de 2011, não trouxe nenhuma novidade, quando deveria ter estipulado o prazo para essa *comunicação imediata*, que deveria ter sido para dizer que essa providência deve ser feita antes do envio do auto de prisão em flagrante. Foi mais uma oportunidade desperdiçada pelo legislador, o que não é aceitável, pois, salvo raríssimas exceções, são poucos os juízes que exigem o efetivo cumprimento da garantia constitucional consubstanciada no direito à comunicação imediata da detenção/prisão, que não se confunde com o envio do respectivo auto de detenção/prisão, este, sim, cujo prazo é de 24 horas.

Em resumo, comunicação imediata não se confunde com o envio do auto de prisão em flagrante, no prazo de 24 horas, razão pela qual, ocorrida a detenção/prisão, a autoridade policial deve providenciar a informação do ocorrido, o que pode ser feito pela via eletrônica¹¹³⁹. Quanto à família do detido ou a pessoa por ele indicada, essa comunicação pode ser feita, até mesmo, por via telefônica, com certificação, no auto de flagrante¹¹⁴⁰.

O cumprimento dessas formalidades, estreme de dúvidas, diz respeito à legalidade da detenção/prisão. No entanto, em consonância com entendimento do Supremo Tribunal Federal, a falta de observância das formalidades estampadas no inciso LXII do art. 5º da Constituição pode, conforme o caso, representar ilegalidade, que faz originar o direito ao relaxamento da prisão, ou mera irregularidade, quando não venha a comprometer a materialidade do crime praticado ou os indícios da autoria, o que, a par de não acarretar prejuízo para a diligência em si, não exime a responsabilidade funcional da autoridade responsável pelo descumprimento da garantia constitucional¹¹⁴¹.

De qualquer sorte, a Lei nº no art. 12, II, t13.869, de 5 de setembro de 2019 (Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade) tipificou como ilícito penal deixar a autoridade policial de “... comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre à sua família ou à pessoa por ela indicada”. Esse tipo penal também padece do vício de não ter estipulado o prazo, mas deixa claro que esse prazo não se confunde com que é previsto para o envio do flagrante delicto, pois, no inciso III, também classifica como crime, a autoridade policial deixar “... de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e da testemunha”.

6.2.4.1.3. Comunicação imediata ao Ministério Público

Quanto ao tema da comunicação imediata da detenção/prisão, a novidade introduzida pela Lei nº 12.402, de 2011, foi quanto à inclusão do Ministério Público, no caput do art. 306 do CPP, dentre os destinatários da informação a ser prestada pela autoridade policial. Era patente o senão cometido pelo constituinte devido a não inclusão do *Parquet* dentre as pessoas às quais deveria ser feita a comunicação imediata da prisão em flagrante.

A Constituição, no entanto, infelizmente, deixou de determinar que a comunicação da prisão fosse estendida ao Ministério Público para que, na qualidade de fiscal da lei, observasse a legalidade ou conveniência da prisão, ademais de controlar o atuar da autoridade policial quanto ao cumprimento do prazo de 24 horas para o envio do auto de flagrante. A necessidade de o *parquet*

¹¹³⁹ A orientação é para que os órgãos jurisdicionais acertem com órgãos policiais essa comunicação imediata pela via eletrônica, assim como, até mesmo, do auto de prisão em flagrante. Essa prática tem sido utilizada na Segunda Vara Federal da Seção Judiciária no Rio Grande do Norte, o que simplifica e agiliza o cumprimento dessas formalidades.

¹¹⁴⁰ Há informações de que, nos Estados Unidos, a exemplo de Miami, quando a pessoa é presa em flagrante, é dada a oportunidade para que ela faça uma ligação telefônica para alguém de sua confiança.

¹¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Célio Borja, Classe: HC — Processo: 68.503, DJ 29/05/1992. Disponível em: www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp Acesso em: 24 jul. 2005. No RE 197571 / SP, relatado pelo Ministro Octavio Galloti, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, afastou a tese de nulidade da prisão, ao argumento de que não foi demonstrado o prejuízo “... decorrente de ausência de comunicação do flagrante à família...” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 28/06/1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 25 jul. 2005.

ser igualmente comunicado, de forma imediata, da detenção em flagrante delito, decorre, implicitamente, do que consta do caput do art. 127 da Constituição.

Ademais, sem embargo desse dispositivo, a necessidade de comunicação ao Ministério Público, a fim de que ele exerça o controle de legalidade da prisão efetuada pela autoridade policial, decorre, inegavelmente, do art. 129, VII, da Constituição, que lhe outorga a importante missão de exercer o controle externo da atividade policial. Isso tanto é verdade que a Lei Complementar nº 75, de 1993 (dispõe sobre o Ministério Público da União), no capítulo sob a epígrafe “DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL”, afirma que a ocorrência da prisão em flagrante deve “... ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão” (art. 10).

A Lei nº 12.403, de 2011, como dito linhas acima, deu atenção a essa reclamação. Com a redação determinada pela segunda etapa da Reforma Tópica, o art. 306, caput, agora dispõe: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao *Ministério Público* e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.” (Grifei).

Por conseguinte, com a entrada em vigor da nova disciplina para a matéria, tão logo efetuada a detenção/prisão em flagrante, deve a autoridade policial enviar, de forma imediata, a comunicação do ocorrido para o Ministério Público, assim como já era de seu dever fazê-la para o juiz competente e a alguém da família ou a pessoa indicada pelo detido¹¹⁴². A partir dessa comunicação, cabe ao Ministério Público iniciar o controle de legalidade da detenção/prisão e fiscalização da atividade policial, com intervenção independentemente de qualquer outra provocação, diretamente perante a autoridade policial ou por meio de promoção encaminhada ao juiz.

Merece atenção um aspecto. Note-se que com a nova redação determinada com a Lei nº 12.403, de 2011, para o art. 322, caput, do CPP, ademais de ter sido mantida a possibilidade de a autoridade policial conceder liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, houve considerável expansão dessa permissibilidade, na medida em que foi estendida para todo e qualquer crime cuja pena máxima não seja superior a 04 (quatro) anos¹¹⁴³. Decerto que a autoridade policial só haverá de exigir o pagamento da fiança para, assim, liberar o detido, quando entender que não é hipótese de representar pela preventiva¹¹⁴⁴.

Exatamente por isso, o Ministério Público, ao ser comunicado da prisão em flagrante, deverá *controlar* a atuação da autoridade policial quanto ao cumprimento do art. 322, caput, do CPP, tanto para que ela, sem demora, arbitre a fiança, quanto para, se for o caso, já manifestar a sua discordância em relação a eventual liberação, quando sentir, pelos elementos então existentes, que, a um primeiro aviso, pode ser necessário o pedido da decretação da prisão processual.

Por outro lado, com as redações determinadas para os arts. 306, § 1º, 310, caput e parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, resta claro que o Judiciário não terá nenhuma obrigação de encaminhar qualquer comunicação ao Ministério Público sobre a detenção/prisão em flagrante¹¹⁴⁵. Portanto, sendo comunicado imediatamente da ocorrência da prisão, cabe ao Ministério Público estabelecer ou exigir que a autoridade policial, daí em diante, passe a mantê-lo a par do desenvolvimento de seu trabalho, o que importa, até mesmo, o envio do correspondente auto de prisão em flagrante, assim que ocorra a sua conclusão.

Essa forma de tratamento em relação à prisão em flagrante está de acordo com o Projeto

¹¹⁴² É verdade que o art. 10 da Lei Complementar nº 75, de 1995, já dispunha: “A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.” Acontece que a forma como redigida a norma, especialmente a parte final, dava a entender que o disciplinamento era quanto ao envio do auto de prisão em flagrante, e não, propriamente, da comunicação imediata.

¹¹⁴³ Na regra anterior, essa atribuição conferida à autoridade policial estava restrita aos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.

¹¹⁴⁴ Cf. item 6.3.1.9.4, *infra*.

¹¹⁴⁵ Não possui nem mesmo em relação à defesa. Cf. item 6.2.4.1.4, *infra*.

de Lei nº 4.209, de 2001, que cuida da reforma na parte relativa à fase pré-processual, mais precisamente quanto ao art. 9º, § 4º, o qual, em compasso com o sistema acusatório, determina a tramitação direta dos atos investigatórios entre a autoridade policial e o Ministério Público¹¹⁴⁶.

Se em decorrência do sistema acusatório há a nítida separação entre as atribuições do juiz e do Ministério Público, a consequência lógica dessa nova realidade é a relação direta entre este e a autoridade policial, sem a necessidade de intervenção ou intermediação da autoridade judicial. A autoridade policial deve manter relação direta com o Ministério Público, a ele prestando as informações necessárias para que exerça, em sua plena magnitude, o *dominus litis* na área criminal, de modo que, na qualidade de destinatário da investigação ou da atividade policial, passe a exercer a função de *supervisão e controle* de todas as etapas de procedimentos pré-processuais, até então conferidos, em um cenário de sistema misto de forte sotaque inquisitivo, ao juiz. Em outras palavras, essa comunicação direta decorre da cláusula constitucional que insere, dentre as atribuições do Ministério Público, o *controle externo da atividade policial* (art. 129, VII).

No sistema acusatório, no qual o órgão policial há de desenvolver os seus trabalhos investigatórios em sintonia com o Ministério Público, é ilógico que as informações daquele sejam levadas ao conhecimento deste por intermédio do Judiciário. Além de não ser razoável, essa triangulação desnecessária, ademais de representar forma obsoleta e desnecessária, burocratiza o procedimento e ocasiona indesejada e inquietante demora.

Com as novas regras, a autoridade policial, assim como se propôs para a investigação em si, deve não apenas promover a comunicação imediata ao Ministério Público sobre a prisão como, ainda, encaminhar o auto de prisão em flagrante, obrigação, aliás, que, de certa forma, já constava do art. 10 da Lei Complementar nº 75, de 1993¹¹⁴⁷.

Essa providência do envio da comunicação imediata da prisão, assim como, do auto de flagrante pela autoridade policial ao Ministério Público é importante porque possibilita ao órgão ministerial tomar conhecimento do assunto que, dentro de 24 horas, será objeto da audiência de apresentação (custódia). Adotado o sistema eletrônico, a exemplo do PJe, por meio do ambiente de audiência de apresentação (custódia) a tarefa da autoridade policial resta facilitada, pois basta cadastrar os autos no espaço virtual para que, a um só tempo, o Judiciário e o Ministério Público tomem conhecimento da providência.

6.2.4.1.4. Envio do auto de prisão em flagrante

Conforme ressaltado nos itens anteriores, a Constituição de 1988 fez uma nítida distinção entre dois deveres básicos da autoridade policial quando prende/detém alguém em flagrante delito: (a) efetuar a comunicação imediata (caput do art. 306 do CPP); e (b) encaminhar o auto de detenção/prisão em flagrante (§ 1º do art. 306 do CPP).

O constituinte também não se preocupou em estabelecer o prazo para o envio do auto de detenção/prisão em flagrante. A doutrina e a jurisprudência, em interpretação sistêmica do CPP, firmaram o entendimento de que o prazo seria de 24 horas. Posteriormente, por meio da Lei 11.449, de 15 de janeiro de 2007, o legislador, expressamente, assinalou esse como sendo o prazo para que a autoridade policial providencie o envio do auto de prisão em flagrante para o Judiciário.

Quanto ao § 1º do art. 306 do CPP, que trata do envio do auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas do momento em que ocorre a detenção/prisão, a disciplina conferida pela Lei nº 12.403, de 2011, não difere, quanto à substância, daquela que já constava a partir da redação que

¹¹⁴⁶ O dispositivo proposto com o Projeto de Lei nº 4.209, de 2001 é o seguinte: “Encerrada a investigação, a autoridade policial remeterá as demais peças de informação, documentadas em autos suplementares, e com relatório, ao Ministério Público”.

¹¹⁴⁷ Alguns magistrados, já determinavam que assim fosse, mesmo antes da inovação trazida com a Lei nº 12.403, de 2011. Na Segunda Vara Federal da Seção Judiciária no Rio Grande do Norte, em razão de ajuste mantido com a Superintendência da Polícia Federal e o Ministério Público Federal, o auto de prisão em flagrante é remetido para o Judiciário, fazendo parte do auto comprovante de seu envio, igualmente, para o órgão ministerial.

fora emprestada pela Lei nº 11.449, de 2007.

Com efeito, a redação anterior do dispositivo era a seguinte: “§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitavas colhidas e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.” Por outro lado, conforme a alteração operada com a Lei nº 12.403, de 2011, o texto ficou da seguinte forma: “§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.”

Nota-se, assim, que, no texto atual, houve a supressão, apenas, da expressão *acompanhado de todas as oitavas colhidas*. Portanto, em rigor, a modificação foi apenas de redação, mas não de conteúdo, até porque a parte suprimida que constava do texto anterior era totalmente desnecessária. A obrigação da autoridade policial é de remeter o auto de prisão em flagrante, o que compreende, por óbvio, todos os depoimentos colhidos, o que, aliás, decorre do que dispõe o art. 304, caput, do CPP.

Todavia, o real sentido do § 1º do art. 306 do CPP não era bem compreendido porque não havia, ainda, ocorrido as modificações do seu caput e do art. 310, caput e parágrafo único, do CPP.

A exame perfunctório, pode parecer que o legislador tenha laborado em grave incoerência ao estabelecer destinatários diferentes daqueles mencionados no caput, para fins de envio do auto de prisão em flagrante. Não há, porém, em absoluto, incongruência nenhuma.

No item 6.2.4.1.3 foram feitas as considerações quanto à inclusão do Ministério Público dentre os destinatários da comunicação imediata, ademais de ter sido ressaltado, no item 6.2.4.1.2, supra, qual o escopo dessa garantia quando torna obrigatória a informação ao juiz e a alguém da família ou a pessoa indicada pelo próprio detido.

Como se disse, a comunicação imediata ao Ministério Público é para que este, na qualidade de *dominus litis* na seara criminal, daí em diante exerça o controle sobre a atividade policial e, caso entenda necessário, promova algum tipo de manifestação, ademais de essa ser a forma de diálogo direto entre as duas instituições, sem a intervenção ou intermediação do Judiciário.

O silêncio quanto ao envio pela autoridade policial de cópia integral do auto de flagrante delito ao Ministério Público não deve animar o intérprete a pensar que essa obrigação seja do Judiciário. A uma porque, conforme visto no item anterior, entendimento nesse sentido não é consentâneo com o sistema acusatório, pois o envio de informações e/ou documentos entre o Ministério Público e a polícia nesse modelo de processo deve ser sem a interferência ou intermediação do Judiciário. A duas em razão de não ser coerente que o legislador incluísse como obrigação da autoridade policial o envio de cópia integral para o advogado constituído ou, na sua falta, à Defensoria Pública e, de outra banda, em relação ao Ministério Público, impusesse a necessária intermediação do Judiciário. A três devido às modificações promovidos pela Reforma Tópica quanto ao art. 310 infirmar qualquer tentativa de conclusão dessa ordem, pois não há nenhum dispositivo expresso determinando que o Judiciário providencie o envio do auto de detenção/prisão em flagrante. A quatro, verifique-se que a dicção normativa do art. 10 da Lei Complementar nº 75, de 25 de maio de 1993, notadamente sua parte final, dá a entender que a autoridade policial tem o dever de encaminhar os documentos que comprovam a legalidade da prisão, o que diz respeito, obviamente, ao auto de prisão em flagrante¹¹⁴⁸. Veja-se como a norma em foco, no ponto, é peremptória: “A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.” Essa norma, que consta na Lei Complementar nº 75, de 1993, que é a lei orgânica do Ministério Público da União, aplica-se ao Ministério Público estadual,

¹¹⁴⁸ Não se pode deixar de reconhecer que, para evitar divergências, o melhor seria se o legislador tivesse deixado expresso que uma cópia integral deveria ser enviada, igualmente, para o Ministério Público.

por força do art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Repita-se o que foi assinalado no tópico anterior. Ao magistrado, a informação imediata se presta, especialmente, para que seja feito o controle quanto ao prazo para a remessa do auto de prisão em flagrante, com a conseqüente realização da audiência de apresentação (custódia) e, por outro lado, para garantir que ninguém fique detido por espaço de tempo considerável sem que isso seja do conhecimento de uma autoridade judiciária, a qual poderá, inclusive, em determinadas situações, sem esperar pela conclusão do auto de prisão, determinar, incontinenti, a liberação, seja sob a forma de relaxamento da prisão, seja em razão do reconhecimento do direito à liberdade provisória.

Quanto à informação a alguém da família ou a pessoa indicada pelo detido, a comunicação imediata vale, especialmente, para permitir que, em nome do recolhido, que não está podendo se locomover, seja buscada a assistência jurídica, sem que essa formalidade se apresente como garantia do exercício do direito de defesa.

Diferentemente da mera comunicação imediata, o auto de prisão em flagrante é um procedimento administrativo dirigido pela autoridade policial, com o qual são coletadas todas as informações sobre as circunstâncias segundo as quais foi efetuada a detenção/prisão de uma pessoa, a permitir que se verifique não apenas a materialidade e os indícios de autoria, mas também se a ação policial se deu conforme uma das hipóteses do art. 302 do CPP, ademais de revelar se há, ou não, os fundamentos para a decretação de medida cautelar de ordem pessoal – detentiva ou diversa da prisão. Ou melhor, o auto de prisão em flagrante serve para subsidiar a decisão do juiz, nos termos do art. 310 do CPP.

Quanto às formalidades que devem ser adotadas na detenção/prisão sem ordem judicial, a Constituição garante ao preso a *informação dos seus direitos* (art. 5º, LXIII). É o famoso *aviso de Miranda* do sistema norte-americano, em que o policial, no momento da detenção ou prisão, tem de ler para o preso os seus direitos, sob pena de não ter validade o que ele vier a dizer¹¹⁴⁹. No nosso sistema, o direito à informação dos direitos importa, inclusive, na necessidade de que, no auto de prisão em flagrante, que vai assinado pelo preso, conste a advertência de todos os direitos constitucionais que lhe são assegurados, dentre eles o de permanecer calado.

Sem embargo do que já foi aqui dito a respeito da assistência jurídica ao preso, encartada na Constituição como direito fundamental, note-se que o Supremo Tribunal Federal¹¹⁵⁰ possui pronunciamento afirmando que a autoridade policial não tem “... o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação”, pois o que efetivamente a Lei Fundamental da República assegurou foi a possibilidade de a pessoa “... fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico”¹¹⁵¹, daí a concluir que “A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso.”¹¹⁵²

Essa, porém, não parece ser a posição mais acertada. Qual o sentido de o constituinte, no inciso LXIII do art. 5º, assegurar ao preso o direito à assistência de advogado se, pouco mais adiante, no inciso LXXIV, está dito que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A evidência, tudo leva a crer que se quis dar maiores garantias à pessoa quando ela é recolhida a estabelecimento carcerário em razão de detenção ou prisão sem ordem judicial, como medida importante para dar controle mais efetivo a essa atuação da autoridade policial.

De toda sorte, além da necessidade de que a prisão seja comunicada imediatamente à família do preso ou a pessoa por ele indicada, a Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2007, ao conferir

¹¹⁴⁹ Nos filmes americanos é comum ver a leitura desses direitos feita pelo agente policial no momento da prisão.

¹¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello, Classe: RE – Processo: 136.239, DJ 14/08/92. Disponível em: www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp Acesso em: 24 jul. 2005.

¹¹⁵¹ Ibid.

¹¹⁵² Ibid.

nova redação para o art. 306, §1º, do CPP, em boa hora, deu a determinação para que, dentro de 24 horas depois da prisão, o auto do flagrante seja encaminhado não apenas para o juiz, mas igualmente, em cópia integral, para a Defensoria Pública, quando o preso não informa o nome de seu advogado.

Dessa maneira, o legislador infraconstitucional, regulamentando o preceito constitucional, garantiu que o preso terá, quer ele queira, quer não, a assistência jurídica quando a sua detenção ou prisão. E mais, tendo em consideração o que consta no inciso XXI do Estatuto da Advocacia, incluído pela Lei nº 13.245, de 2016, a nulidade absoluta do interrogatório colhido no auto de flagrante, caso o agente, no momento da detenção, tenha indicado o seu advogado, mas a autoridade policial não tenha providenciado a intimação do causídico para estar presente no momento do depoimento.

Ainda que se tenha garantido propriamente o direito à assistência jurídica durante o procedimento de lavratura do auto de prisão em flagrante, a partir da sua conclusão, a assistência jurídica passa a ser obrigatória, de modo que, nesse caso, a autoridade policial, necessariamente, além de enviar os autos para o juiz, deverá, ele próprio, sem a intermediação do Judiciário, providenciar cópia integral para a Defensoria Pública.

Nem é preciso dizer que, caso algum advogado tenha se apresentado, durante o procedimento de formalização do auto de prisão em flagrante, como defensor do detido, caberá à autoridade policial pegar o seu endereço, a fim de providenciar o envio de cópia integral, quando da conclusão. Essa providência pode ser realizada do modo mais informal, o que compreende, até mesmo, o envio de cópia do auto por meio da via eletrônica. Na prática, no momento da lavratura do auto de flagrante, não há maior dificuldade da comunicação da autoridade policial com o advogado constituído, uma vez que este acompanha, de perto, todo o procedimento, procurando dar a assistência ao seu cliente.

Note-se que só com a vinda a lume da Lei nº 12.403, de 2011, é que se pode perceber, em sua essência, a importância e profunda repercussão dessa mudança para o novo sistema prisional do Código de Processo Penal. Isso porque, agora, quando ocorrer a prisão em flagrante, a *defesa efetiva* começa a ser obrigatória a partir da lavratura do auto, pois, ademais do envio ao juiz, terá de ser encaminhada uma cópia integral para o advogado constituído ou então, na sua falta, para a Defensoria Pública¹¹⁵³. De outra banda, essa previsão se coaduna com o art. 282, § 3º, do CPP, que, em tema de medida cautelar, coloca como regra geral, salvo nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o contraditório prévio.

O Supremo Tribunal Federal, fazendo a interpretação quanto à assistência jurídica assegurada na Constituição, firmou o entendimento de que a autoridade policial não tem “... o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação”¹¹⁵⁴ pois a garantia constitucional se restringe à possibilidade de a pessoa “... fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico”¹¹⁵⁵, uma vez que “A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso.”¹¹⁵⁶

Essa posição adotada pela Colenda Corte não parece ter sido a mais acertada, pois tornaria sem sentido a circunstância de o constituinte, no inciso LXIII do art. 5º, assegurar ao preso o direito à assistência de advogado, e mais adiante, no inciso LXXIV, agregar que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A interpretação harmônica dos dois preceitos constitucionais, os quais expressam garantias sob a

1153 O § 2º do art. 306 do CPP, que assinala o mesmo prazo de 24 horas para que seja “... entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas”, não sofreu modificação por meio da Lei nº 12.403, de 2011.

1154 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello, Classe: RE — Processo: 136.239, DJ 14/08/92. Disponível em: www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp Acesso em: 24 jul. 2005.

1155 Ibid.

1156 Ibid.

qualificação de direito fundamental, revela que o constituinte teve em conta conferir maiores garantias à pessoa quando ela é recolhida à prisão sem ordem judicial.

Não temos dúvida de que a nova regra implica na necessidade de mudança da posição inicial do Supremo Tribunal Federal, pois a sua introdução em nosso sistema teve a intenção de conferir efetividade ao inciso LXIII do art. 5º da Constituição, na medida em que torna obrigatório o exercício do direito de defesa, em caso de detenção/prisão em flagrante, a partir da conclusão do correspondente auto. Notadamente agora, em que se tem por obrigatória a realização da audiência de apresentação (custódia).

O exegeta deve verificar que o nosso sistema jurídico saiu de uma situação anterior cujo entendimento, salvo algumas posições isoladas em contrário, era de que não havia a garantia, sequer, de que o juiz deveria examinar, mediante decisão fundamentada, quando da apresentação do auto de detenção/prisão em flagrante, se era o caso, ou não, de decretar a prisão preventiva, para um cenário em que, além de restar claro que o juiz não poderá mais contentar-se apenas em homologar o flagrante, agora, a partir da conclusão do auto, antes da eventual decisão que seja tomada, o detido deverá ter assistência jurídica no procedimento.

Ademais, com a audiência de apresentação (custódia) ademais de verdade que, nos termos dispostos na lei, conquanto obrigatória a remessa de cópia do auto de detenção/prisão para o advogado constituído ou para a Defensoria Pública, não havia previsão quanto a ser necessária a prévia manifestação da defesa. A defesa efetiva, nesse particular, se contentaria na garantia da existência e conhecimento da defesa técnica das circunstâncias nas quais ocorreu a detenção/prisão em flagrante. No entanto, com a implantação da audiência de apresentação (custódia), na qual tem de estar presente um defensor para dar assistência ao detido/preso, garante-se efetivamente um prévio contraditório.

É uma mudança e tanto e, claro, para melhor, que está em consonância com as perspectivas de um sistema democrático, que privilegia o amplo direito de defesa¹¹⁵⁷.

O envio de cópia integral do auto de prisão em flagrante para o defensor ou a Defensoria Pública — diga-se ainda — possui relação e é, em certa medida, consequência direta do art. 282, § 3º, do CPP, com a redação determinada pela lei em foco. A entrega do auto serve não apenas para a defesa do detido apresentar manifestação pelo relaxamento da prisão ou concessão da liberdade provisória, mas, essencialmente, para exercer o contraditório quando houver requerimento para que o juiz, ao examinar os autos do flagrante delito, decrete uma medida diversa da prisão ou a própria prisão.

Uma última palavra se impõe. A fiscalização quanto ao cumprimento dessa obrigação de envio de cópia integral do auto de detenção/prisão em flagrante ao defensor ou à Defensoria Pública recai sobre o Ministério Público e o juiz, daí por que, dentre os documentos referentes ao auto a ser entregue ao Judiciário, deverá a autoridade policial fazer constar prova de que cumpriu o seu mister. Portanto, a comprovação do envio de cópia do auto de detenção/prisão em flagrante para a defesa faz parte da legalidade do procedimento.

6.2.4.1.5. Decisão judicial

Conforme sustentado, o flagrante delito possui natureza jurídica de ato administrativo, praticado pelo agente no exercício do poder de polícia ou por qualquer do povo em nome do Estado, que importa na supressão de um direito fundamental sem prévia autorização judicial. O controle judicial, nesse caso, não é prévio, como é a regra, senão posterior, mediante o exame do auto de detenção/prisão em flagrante.

Merece, portanto, especial destaque o regramento normativo estabelecido para esse controle judicial.

No ponto, as regras processuais sobre a decisão a ser proferida pelo juiz quando do

¹¹⁵⁷ Não sem razão, diz-se que a ampla defesa é o coração do sistema processual penal democrático.

recebimento do auto de detenção/prisão em flagrante estavam, e continuam, no art. 310, caput e parágrafo único. Porém, tanto o caput quanto o parágrafo único da norma em referência foram substancialmente modificados pela Lei nº 12.403, de 2011.

A redação originária era a seguinte:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições do art. 19, I, II e III, do Código de Penal¹¹⁵⁸, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Conforme salientado linhas acima, a Lei nº 6.416, de 1977, introduzindo profunda alteração no disciplinamento do flagrante delito, inseriu um parágrafo único, passando o tema a ser assim tratado:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições do art. 19, I, II e III, do Código de Penal¹¹⁵⁹, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

A partir daí, o flagrante delito, por si só, não era mais suficiente para que alguém permanecesse na prisão, sendo necessário que o juiz, ao analisar o auto respectivo, decretasse, se fosse o caso, a prisão preventiva. Em outras palavras, não sendo o caso de decretação de prisão preventiva, nada obstante o flagrante, o detido tinha de ser colocado em liberdade provisória, nos termos do parágrafo único do art. 310.

No entanto, boa parte dos juizes mantinham a praxe de examinar, apenas, a legalidade do flagrante, promovendo a sua homologação, sem examinar se havia um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva ou mesmo da prisão temporária.

A fim de resolver esse problema, na sequência, o texto do dispositivo em causa foi alterado mais uma vez, agora pela Lei nº 12.403, de 2011, passando assim a ser redigido:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I — relaxar a prisão ilegal; ou

II — converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III — conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei 2.848 — Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.”

Registre-se que o legislador foi extremamente lógico: (a) o primeiro exame do auto se concentra na questão da legalidade; (b) o segundo é quanto à existência, ou não, de fundamentos para a conversão da detenção/prisão em flagrante na prisão preventiva e, se for o caso, na sua substituição por uma medida cautelar diversa; (c) o terceiro, a concessão de liberdade provisória.

Percebe-se, desde logo, que o que era caput na redação anterior, passou a ser parágrafo único, com o novo texto. O que chama desde logo a atenção é que, ao contrário da disciplina anterior, em nenhum momento se falou mais em prévio pronunciamento do Ministério Público

¹¹⁵⁸ Com a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que instituiu a nova Parte Geral do Código Penal, passou a ser o art. 23.

¹¹⁵⁹ Com a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que instituiu a nova Parte Geral do Código Penal, passou a ser o art. 23.

antes da decisão.

Com efeito, veja-se, no ponto, o que dizia o caput do art. 310, em sua redação originária: “... poderá, *depois de ouvir o Ministério Público...*” (Grifei). Já o parágrafo único plasmava: “*Igual procedimento será adotado quando...*”. De qualquer sorte, entendia-se que, remetido o auto de detenção/prisão em flagrante ao Judiciário, qualquer que fosse a situação, antes do pronunciamento judicial, deveria o juiz dar vista ao Ministério Público para, então, poder decidir a respeito.

O problema é que o legislador, mais uma vez, se descuidou de estabelecer o procedimento para o controle judicial do flagrante delito.

Diante do silêncio da lei desde a redação originária, na prática, o procedimento referente ao auto de prisão em flagrante era extremamente burocrático, o que gerava demora excessiva até que o juiz viesse a decidir sobre a matéria. Isso porque a autoridade policial tinha 24 (vinte e quatro) horas para remeter o auto de prisão em flagrante.

Recebido o auto, o juiz, por meio de despacho, abria vista para o órgão do Ministério Público — o que nem sempre ocorria no mesmo dia —, a fim de que o pronunciamento ministerial ocorresse igualmente no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contado da abertura da vista.

Recebida a manifestação do Ministério Público, o Judiciário tinha mais 24 (vinte e quatro) horas para a decisão. Isto é, no cenário mais otimista, só 72 (setenta e duas) horas depois da detenção em flagrante era que o juiz, enfim, decidia sobre a manutenção/decretação da prisão ou a liberdade provisória. O mais impróprio nesse tipo de procedimento era porque a defesa ficava completamente alheia, razão pela qual, de regra, a sua intervenção era diferida, isto é, só se dava depois da decisão judicial.

Para obviar esses senões, vieram as novas regras com a Lei nº 12.403, de 2011. Com as alterações promovidas, o procedimento referente ao exame do auto de detenção/prisão em flagrante, de conformidade com a ideia da *simplificação*, cláusula reitora da processualística moderna, ficou muito mais *simplificado e célere*.

Com efeito, em razão das alterações, ao receber o auto de prisão em flagrante, antes de decidir, o juiz não precisava mais abrir vista para o Ministério Público ou para a defesa, pois quem deveria fazê-lo, conforme asseveramos, era a própria autoridade policial, a qual deveria, sem embargo do encaminhamento do auto de prisão em flagrante para o juiz, enviar cópias para o órgão ministerial e para a defesa.

Porém, a inexistência de norma expressa de como deveria ser o procedimento gerava alguma dificuldade. A primeiro exame, parecia um tanto quanto ilógico que o legislador, de um lado, tivesse erigido o contraditório como princípio a ser observado como regra geral em todo e qualquer tipo de medida cautelar e, de outro, tivesse, de forma deliberada, suprimido a exigência do prévio envio dos auto de detenção/prisão em flagrante ao Ministério Público, antes da decisão do juiz a respeito¹¹⁶⁰.

Todavia, como acentuamos acima, com o novo tratamento legislativo, tanto a defesa quanto o Ministério Público passaram a possuir participação mais ativa no procedimento, que passou a ter início, propriamente, com a comunicação imediata e terminava com o envio, pela própria autoridade policial, do auto de detenção/prisão em flagrante para o juiz e as partes.

O envio do auto de flagrante, portanto, não era apenas para o juiz, mas, igualmente, para a defesa e para o Ministério Público, exatamente para que estes, querendo, se manifestassem antes da decisão do juiz. O contraditório, aqui, diante da situação de urgência, não seria *obrigatório*, porém, facultativo, de modo que suficiente, para que atendida essa regra, a mera oportunidade para a manifestação antes de o juiz decidir.

Note-se que, consoante os incisos do art. 310, caput, do CPP, o juiz pode, de ofício, relaxar a prisão ou conceder a liberdade provisória, porém, quanto à conversão do flagrante em prisão preventiva ou mesmo temporária, necessário representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, uma vez que não lhe é dado, de ofício, deferir qualquer tipo de medida cautelar preparatória (art. 282, § 2º, do CPP).

¹¹⁶⁰ Cf. item 6.1.1, supra.

Sem embargo de o juiz, nas duas hipóteses apontadas, poder decidir de ofício, defendia-se que tanto a defesa quanto o Ministério Público deveria pelo menos ter assegurada a oportunidade de manifestação antes da decisão.

O problema é que a lei não tinha cuidado de estabelecer o prazo para o Ministério Público ou a defesa, querendo, fazer a sua manifestação, no sentido de pedir, conforme seja, o relaxamento da prisão, a conversão da detenção/prisão em flagrante em medida cautelar ou a concessão da liberdade provisória. A pergunta que se fazia era: Qual o prazo para o Ministério Público ou a defesa se manifestar no procedimento referente ao auto de prisão em flagrante? Infelizmente, o legislador não foi taxativo a esse respeito.

Todavia, interpretação sistêmica apresentava a solução razoável para essa questão. Se o prazo para o envio do auto de prisão em flagrante pela polícia era de 24 (vinte e quatro) horas, o mesmo prazo se aplicaria para o Ministério Público, a defesa e o juiz. Assim sendo, para que o prazo não fosse superior a 72 (setenta e duas) horas, razoável entender que o prazo para o Ministério Público e a defesa deveria ser comum.

A despeito da possibilidade de se aliviar esse procedimento, na 2ª edição deste livro, criticamos o fato de o legislador da Lei nº 12.403, de 2011, não ter previsto, em prestígio ao princípio da oralidade e do contraditório, o direito de audiência do detido com o juiz responsável pela decisão sobre a sua prisão. Salientávamos que outros sistemas jurídicos, que adotam o *juízo oral* como base do processo, estabelecem a apresentação do detido/preso ao juiz, no prazo de 24 horas, quando, então, após a sua palavra e ouvidos o Ministério Público e a defesa, só então é proferida a decisão. Esse é o procedimento adotado em boa parte dos países da América Latina em suas reformas do processo penal, merecendo destaque, nesse ponto, o modelo chileno, no qual a audiência é presidida pelo *juiz de garantías*.

Mas, de todo modo, advertíamos que o juiz, mesmo no silêncio da lei, sempre que entendesse pertinente, poderia, ao receber o auto de detenção/prisão em flagrante, marcar audiência para o dia seguinte, a fim de dar oportunidade ao detido/preso de ser ouvido e se explicar e ao Ministério Público e à defesa para se manifestarem, para então, em seguida, no mesmo ato, prolatar a sua decisão. Assim agindo, estaria atuando em consonância com os fins da Reforma Tópica, que foi mudar o modelo inquisitivo/misto do CPP para o acusatório e incrementar a oralidade¹¹⁶¹.

Salientávamos que, inclusive, proposta nesse sentido havia sido enviada ao Parlamento com a reforma tópica, no entanto, fora rejeitada no processo legislativo.

Todavia, a despeito do silêncio da lei, o Conselho Nacional de Justiça, mediante a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, com suporte no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (art. 9º, item 3) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, item 5), impôs a obrigatoriedade da realização da *audiência de apresentação*, mais conhecida como *audiência de custódia*, nos casos de flagrante delito e, ainda, de prisão decorrente de ordem judicial. A expressão *audiência de custódia* é inadequada, na medida em que transmite a ideia que seria uma audiência para *custodiar*, *guardar* ou *deter*, quando, em verdade, cuida-se de ato judicial cujo finalidade é *apresentar* o detido ao juiz, no desiderato de que seja decidido a respeito de seu direito de liberdade. Por isso mesmo, em nenhum momento a Resolução nº 213, de 2015, utilizou a nomenclatura *audiência de custódia*. Certamente, o CNJ levou em consideração a advertência feita pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da ADI nº 5.240/SP, em que se discutia a constitucionalidade do Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, na ementa, sugeriu a utilização da expressão *audiência de apresentação*, após salientar, na antecipação de seu voto, que, “... depois de uma longa conversa com nosso Decano, o Ministro Celso de Mello, entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custódia e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do

¹¹⁶¹ Cf. item 3.2.2.5, supra.

caso concreto”¹¹⁶².

Em verdade, a resolução em foco do CNJ determinou que os tribunais disciplinassem a audiência a ser realizada pelo juízes, logo após a detenção ou prisão, a fim de avaliar a situação. O fato de a exigência da realização da audiência de apresentação (custódia) ter sido veiculada por meio de resolução e não mediante uma lei, nos sentidos formal e material, gerou muita polêmica quanto à constitucionalidade.

No entanto, a crítica não procede. A ratificação pelo Brasil da Convenção Americana teve o condão de inserir em nosso ordenamento jurídico, na qualidade de norma supralegal, o art. 7º, 5 (“Toda pessoa presa ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”). Observe-se que o Brasil depositou a carta de adesão à referida convenção em setembro de 1992, com a consequente ratificação por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Seja como for, dirimindo a *vexata quaestio*, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI 5240/SP, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL.

O *Pacote Anticrime* cuidou de trazer a disciplina da audiência de apresentação (custódia) para o Código de Processo Penal, alterando mais uma vez o art. 310 do CPP, cuja dicção normativa ficou da seguinte forma:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

O procedimento da audiência de apresentação (custódia) será analisado no item seguinte.

¹¹⁶² Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 2 mar. 2022. Cf. ainda, MUSSI, Jorge. Breves apontamentos sobre a audiência de custódia/apresentação no Brasil. In: **Inovações no sistema de justiça**: meios alternativos de resolução de conflitos, justiça multiportas e iniciativas para a redução da litigiosidade e aumento da eficiência os tribunais: estudos em homenagem a Múcio Vilar Ribeiro Dantas. RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro (org.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 466.

6.2.4.1.5.1. Audiência de apresentação (custódia): contraditório e oralidade

A audiência de apresentação (custódia) está prevista em 3 (três) dispositivos do CPP: arts. 3º-B, § 1º, 287 e no art. 310. O primeiro trata da audiência de apresentação (custódia) quando a prisão decorre de flagrante ou *prisão provisória* (prisões preventiva ou temporária, portanto), o segundo, no caso de prisão por mandado, enquanto o art. 310 caput, na hipótese de detenção em flagrante.

O art. 3º-B, § 1º, do CPP, prescreve que

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

No art. 287 está dito, apenas, que, cumprido o mandado de prisão, o preso “... será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia”. Teve o condão de esclarecer que, nesse caso, a audiência de custódia não é necessariamente da alçada do juiz das garantias, senão daquele que determinou a prisão, independentemente do local onde cumprida a ordem ou efetuada a prisão.

Já o art. 310, caput e § 4º, ainda que sem muita clareza, repete que essa audiência deve ser feita”... com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público...”, no *prazo máximo de até 24 horas*.

No dispositivo art. 310, caput, do CPP, ficou consignado que o juiz, no prazo de 24 horas do recebimento do auto de flagrante delito, tem de realizar a audiência de apresentação (custódia), sendo asseguradas as presenças do detido, de seu advogado e do membro do Ministério Público.

A fim de assegurar a imperatividade da exigência legal para a validade do flagrante, ademais de o § 3º do art. 310 do CPP acenar para a responsabilização nas esferas administrativa, civil e penal da autoridade que, sem motivação idônea, der causa a não realização da audiência de apresentação (custódia) no prazo legal, no § 4º consta que, “Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva”.

Essa previsão normativa, prevista com a inclusão do § 4º no art. 310 do CPP, esclarece que a audiência de apresentação (custódia) tem de ser realizada no máximo dentro de 24 (vinte e quatro) horas após o envio do auto de flagrante delito. Assim, como o auto de flagrante delito tem de ser enviado para o Judiciário no prazo de 24 (vinte e quatro) horas contado da detenção (art. 306, § 1º, do CPP), para todos os efeitos, a audiência de apresentação (custódia) há de ser realizada no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da detenção.

Tendo em consideração essa previsão normativa, tal como se dava conforme o regramento da Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 213, de 2015, ao ocorrer a detenção em flagrante, a autoridade policial deve encaminhar, no prazo de 24 horas, ao juiz, ao Ministério Pública e à defesa, o auto de prisão em flagrante. Recebido o auto de detenção em flagrante, o juiz deve realizar a audiência de apresentação (custódia) no prazo máximo de 24 horas. Independentemente do dia em que ocorreu a detenção.

Para a realização da audiência, o juiz deve comunicar às partes (Ministério Público e defesa) do horário da realização da audiência de apresentação, assim como à autoridade policial, a fim de que esta providencie a apresentação da pessoa detida ou presa. Sendo o processo eletrônico, a comunicação é facilitada. Na prática, não tem havido dificuldade para a intimação do advogado constituído, pois, nesses casos, o advogado acompanha de perto no sentido de agilizar a realização da audiência de apresentação.

Por outro lado, em alguns Estados, a carceragem das pessoas detidas ou presas que vão ser submetidas audiência de apresentação fica próxima do fórum, facilitando a comunicação e a condução pela polícia.

Na audiência de apresentação, presente o Ministério Público e a defesa, antes do início, o juiz deve certificar se o preso teve a oportunidade de conversar com o seu advogado ou defensor público. Isso feito, o preso deve ser informado do direito ao silêncio (art. 186, 2ª, parte, do CPP). Nesse momento, deve ser observada a integridade física do detido ou preso, que é uma das finalidades da audiência de apresentação. Se entender necessário, deve encaminhar o detido ou preso para atendimento assistencial ou médico. Ademais, se for o caso, deve determinar a realização do exame de corpo de delito.

Cabe ainda ao juiz esclarecer que a audiência não é de instrução, pelo que não tem por objeto a apuração do crime, muito menos de permitir a formulação de juízo quanto à culpabilidade ou não do agente. A finalidade da audiência de apresentação, quando se trata de flagrante delito, se basta quanto ao propósito de subsidiar a decisão do juiz nos termos do art. 310, caput, do CPP. Mais especificamente, o escopo da audiência de apresentação é para que o juiz, fundamentadamente, decida se o caso é de relaxamento da prisão, transformação do flagrante em prisão ou medida diversa da prisão ou, então, se é hipótese de liberdade provisória, com ou sem fiança¹¹⁶³.

Na hipótese de prisão temporária ou preventiva, a audiência de apresentação serve para o juiz observar, além da integridade física, se é caso de substituição, ou não, da prisão por alguma medida diversa e, até mesmo, para ver se deve mesmo ser mantida a ordem. Aqui, no caso de apresentação do preso devido ao cumprimento de mandado expedido pelo judiciário, parece óbvio que não se faz necessária nova fundamentação da decisão, a não ser em relação aos argumentos apresentados pela defesa.

Por conseguinte, em rigor, na audiência, o juiz, além das perguntas inerentes à identificação do detido, deve indagar sobre as circunstâncias objetivas do flagrante ou da prisão. Lembrar que esse ato processual é um corolário lógico do que identificamos como *direito de audiência*, tratado no Código de Processo Penal como *interrogatório*¹¹⁶⁴.

A audiência de apresentação se presta para que a pessoa tenha a oportunidade de se explicar perante o juiz e, ela própria, se defender em prol do seu direito de liberdade. Nos termos do art. 188 do CPP, deve ser passada a palavra às partes, a fim de que tanto o Ministério Público quanto a defesa, nessa ordem, também façam perguntas ao detido ou preso.

Em suma, a audiência de apresentação tem a seguinte configuração:

- a) Informar ao preso do direito ao silêncio (art. 186, 2ª parte, do CPP).
- b) Observar a integridade física do agente (“Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” - art. 5º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos)
- c) Entrevistar o preso sobre sua qualificação, residência, condições pessoais, estado civil, grau de instrução, meios de vida ou profissão, local de trabalho e as circunstâncias objetivas da sua prisão (art. 187, § 1º, do CPP), com a finalidade de, se for o caso, aplicar medida diversa da prisão (art. 319, I/IX, do CPP)
- d) Permitir perguntas pelo MP e pela defesa (art. 188 do CPP)
- e) Fixar que as perguntas a serem formuladas devem dizer respeito apenas às necessárias aos fins do art. 310, I, II e III, do CPP (ADI 1570/DF)
- f) Determinar, se for o caso, a realização do exame de corpo de delito

¹¹⁶³ Na hipótese de prisão temporária ou preventiva, a audiência de apresentação serve para o juiz observar, além da integridade física, se é caso de substituição, ou não, da medida detentiva por alguma medida diversa e, até mesmo, para ver se é caso de manutenção da prisão. Aqui, no caso de apresentação do preso devido ao cumprimento de mandado expedido pelo judiciário, parece óbvio que não se faz necessária nova fundamentação da decisão, a não ser em relação aos argumentos apresentados pela defesa.

¹¹⁶⁴ Cf. item 5.1.5.7, supra.

g) Encaminhar, se entender necessário, o agente para atendimento assistencial ou médico

Sendo o caso, deve o Ministério Público, na audiência de apresentação, sinalizar a intenção quanto à proposta do ANPP ou, então, já apresentar os motivos pelos quais não vai oferecer a oportunidade para a resolução do processo por meio do acordo, nos termos do § 3º no art. 19 da Resolução do CNJ nº 329, de 2020¹¹⁶⁵. Aliás, a audiência de apresentação é uma ótima oportunidade para a observação, pelo Ministério Público, se o investigado reúne os pressupostos subjetivos para a concessão do ANPP.

A audiência de apresentação deve ser documentada por sistema audiovisual (art. 405, § 1º, do CPP), sendo lavrado termo assinado pelo juiz, pelo detido, pelo representante do Ministério Público e pelo defensor, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos (art. 405, caput, do CPP).

Deve constar ainda do termo de audiência, o inteiro teor da decisão do juiz, que pode ser feita, assim como as manifestações das partes, na forma oral.

Essa audiência deve ser presencial. Salvo situação excepcional, pode-se remediar a dificuldade de encaminhamento do detido ou preso à audiência de apresentação com a realização do ato por videoconferência. A esse respeito, em razão da pandemia mundial provocada pela Covid-19, com conseqüente necessidade de isolamento social, mesmo assim o CNJ, em princípio, proibiu a realização da audiência, o que era um contrassenso, pois, dessa forma, a audiência de apresentação (custódia) não era realizada nem na forma presencial nem na remota.

Remediando essa situação, a Resolução do CNJ nº 357, de 26 de novembro de 2020, alterou o art. 19 da Resolução do CNJ nº 329, de 2020, a fim de autorizar a realização por videoconferência das audiências de custódia, quando não for possível que o ato seja realizado na forma presencial dentro das 24 horas previstas no art. 310, caput, do CPP.

Essa alteração foi fomentada pelo Enunciado nº 30 da 1ª Jornada de Direito e Processo Penal, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF)¹¹⁶⁶ e pela liminar deferida pelo Ministro Edson Fachin nos autos da Reclamação nº 29303 AgR/RJ. Mas, nesse caso, o juiz deve redobrar a atenção quanto à integridade física do detido e, sendo o caso, deve determinar que o detido lhe seja apresentado em data mais próxima possível.

Quando realizada a audiência de apresentação (custódia) por videoconferência, nos termos da nova redação emprestada ao art. 19 da Resolução nº 329, de 2020, ademais de garantir a entrevista prévia e reservada entre o detido e o defensor por qualquer meio de comunicação, no desiderato de prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal, o juiz deverá tomar as cautelas de (i) assegurar a privacidade do detido na sala virtual, o qual deverá permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, com a possibilidade, inclusive, da presença física de seu defensor; (ii) certificar a privacidade do detido na sala virtual com a utilização concomitante de mais de uma câmera ou de câmeras 360 graus; (III) utilizar câmera externa para monitorar a entrada do detido na sala e a porta; (iv) exigir, antes da realização da audiência, prévia juntada ao auto de flagrante ou exibição do exame de corpo de delito.

Nada obstante, infelizmente, o Parlamento derrubou o veto presidencial ao § 1º do art. 3º-B, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, de modo que está vedada em lei a realização da audiência de apresentação (custódia) por meio de videoconferência.

De qualquer sorte, em situação extraordinária em que impossível a realização da audiência presencial, a exemplo da situação de pandemia a exigir, como medida sanitária, o isolamento social, o mais razoável é admitir-se o emprego da videoconferência para esse fim. Aliás, alguns juízes, atendendo a peculiaridades locais, no período do isolamento social devido à pandemia decorrente da Covid-19, persistiram realizando as audiências de apresentação (custódia) por

¹¹⁶⁵ Cf. item 5.1.1.4.3.5, supra.

¹¹⁶⁶ O Enunciado nº 30 em destaque está assim redigido: “Excepcionalmente e de forma fundamentada, nos casos em que se faça inviável a realização presencial do ato, é possível a realização de audiência de custódia por sistema de videoconferência”.

videoconferência, mesmo com o retorno das atividades jurisdicionais na forma presencial.

Ressalte-se que, qualquer que seja a decisão, o juiz, nos termos do art. 201, § 2º, deverá determinar a comunicação ao ofendido. Conforme examinado no item 5.1.84, supra, dentro da ideia da *justiça restaurativa*, na parte da Reforma Tópica ocorrida em 2008, mais precisamente por força da Lei nº 11.690, de 2008, o ofendido passou a ter o direito de ser comunicado, dentre outros, dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do indiciado/acusado da prisão. Especialmente nos casos de agressão doméstica, a soltura do agressor precisa ser do conhecimento da vítima, que deverá dobrar os cuidados para não sofrer nova violência ou agressão de maior gravidade. Essa comunicação, inclusive, deve ser quanto a eventual aplicação de medida cautelar restritiva substitutiva da prisão, especialmente as do art. 319, II e III, do CPP.

No caso de convertido o flagrante em prisão preventiva, deve o juiz, na decisão, dizer o estabelecimento no qual o recolhimento há de ser feito, que deverá ser em cadeia pública e, mesmo quando isso não for possível, em lugar separado dos presos definitivos e, no caso de militar, no quartel da instituição a que pertencer (art. 300, caput e parágrafo único, do CPP).

Ainda quanto à audiência de apresentação (custódia), cabe agregar que, quando se tratar de parlamentar – deputado federal ou estadual e senador –, os autos do flagrante, em compasso com o art. 53, § 2º, segunda parte, da Constituição, devem ser remetidos, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para a Casa respectiva, a fim de que a questão referente à detenção/prisão seja resolvida. Nesse caso, portanto, a audiência de apresentação não é presidida pelo juiz. Por conseguinte, conciliando a norma constitucional com o Pacto de São José da Costa Rica, entendemos que, nessa hipótese, a deliberação da casa legislativa deve ser feita com a prévia oitiva do parlamentar detido/preso. Ou seja, a audiência de apresentação (custódia) será feita na Casa legislativa que o detido/preso integra.

Por fim, se a detenção/prisão for de quem possui foro privilegiado, a autoridade judiciária que deve presidir a audiência de apresentação (custódia) e decidir a respeito é o desembargador ou ministro do respectivo tribunal competente para processar e julgar o processo principal.

6.2.4.1.5.2. Direito ao relaxamento da prisão

No item 6.2.2, supra, ressaltou-se que, em consonância com o plasmado na Constituição de 1988, percebe-se a existência de três institutos distintos: (a) *direito à liberdade* (caput do art. 5º); (b) *direito à liberdade provisória com ou sem fiança* (art. 5º, LXVI); (c) *direito ao relaxamento da prisão* (art. 5º, LXV). A liberdade, com o correspondente direito a ela, é princípio dominante no sistema democrático, sendo, por conseguinte, o gênero do qual dimanam os outros dois, quais sejam, o direito ao relaxamento da prisão e o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança.

Toda e qualquer pessoa, independentemente de ter, ou não, praticado um crime, ser, ou não, processado, possui o direito de liberdade, que, em rigor, em obséquio à cláusula da presunção de não culpabilidade, só é suprimida devido a sentença condenatória transitada em julgada, com a qual se imponha, como sanção, a prisão.

O direito ao relaxamento da prisão ou à liberdade provisória, com ou sem fiança, tem como pressuposto fático a anterior prisão do indiciado ou acusado, que pode ter sido decorrente de flagrante delito ou ordem judicial.

Há, porém, como aqui foi acentuado, diferença basilar entre o direito ao relaxamento da prisão e o direito à liberdade provisória. Um instituto não se confunde com o outro. O direito de ser a prisão relaxada pressupõe um recolhimento ao cárcere considerado ilegal, uma vez que não observada formalidade essencial para sua validade. Tanto pode ocorrer quando se trata de detenção/prisão em flagrante quanto na decretação de prisão preventiva.

No caso do art. 310, I, a hipótese é quanto ao direito ao relaxamento da detenção/prisão em flagrante, o que pressupõe ilegalidade nesse ato administrativo, que pode decorrer da ausência de atenção às formalidades estabelecidas em lei, com especial destaque para as regras que identificam a situação de flagrância. Quanto às hipóteses de flagrante delito, a doutrina nacional,

em sua maioria, tendo em conta o que prescreve o art. 302 do Código de Processo Penal, identifica três espécies, a saber: (i) *flagrante próprio* (também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro), que está caracterizado nos incisos I e II do art. 302 do CPP; (ii) *flagrante impróprio* (também chamado de irreal ou quase-flagrante), tipificado no inciso III do art. 302 do CPP; e (iii) *flagrante presumido* (ficto ou assimilado), previsto no inciso IV do art. 302 do CPP.

Nós defendemos, tendo em consideração a situação em que efetuado o flagrante, classificação que contempla quatro espécies diferentes¹¹⁶⁷: (1) *flagrante próprio*, quando o agente *está cometendo* o crime (art. 302, I, do CPP); (2) *quase-flagrante*, quando o agente *acaba* de cometer o crime (art. 302, II); (3) *flagrante impróprio*, quando o agente é perseguido *logo após* a prática do delito (art. 302, III); e (4) *flagrante presumido ou ficto*, quando o agente é encontrado *logo depois*, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do delito (art. 302, IV). Essa classificação segue a orientação de que o flagrante propriamente dito somente pode ser aquele em que o agente é surpreendido quando *está cometendo a infração*, como assinalado no inciso I do art. 302 do CPP, e não, como na hipótese do inciso II do mesmo dispositivo, quando ele *acaba de cometê-la*. Se o agente, ao ser surpreendido, já tinha terminado de praticar o crime, para todos os efeitos, essa é uma situação de *quase-flagrante*, nunca, porém, de flagrante propriamente dito¹¹⁶⁸.

Sob outra ótica, ou seja, quanto à forma empregada para efetuar a prisão em flagrante, a doutrina apresenta a seguinte classificação: (a) *flagrante preparado ou provocado*; (b) *flagrante esperado*; (c) *flagrante controlado ou diferido* e (d) *flagrante forjado*. O flagrante preparado ou provocado é aquele em que se incentiva, mediante a criação de condições favoráveis, a ação criminosa. Há muita crítica a esse incentivo ao crime, geralmente feito pela autoridade policial, sob o argumento de que a missão daquela deve ser de evitar os crimes, e não incentivá-los. Doutro lado, às vezes a intervenção preparatória é de tal maneira que impede ou torna impossível a prática mesmo do crime, o que motivou o Supremo Tribunal Federal editar a sumula nº 145, para dizer que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação”.

Outro tipo é o flagrante esperado em que a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar ou contribuir, de qualquer modo, para a prática da infração. Ainda há o flagrante controlado, em que a autoridade policial, sabendo da prática do crime, prefere não intervir desde logo, a fim de esperar um momento mais adequado para proceder ao flagrante delito, conforme admitem a Lei nº 12.850, de 2013 arts. 3º, II, 8º e 9º), e a Lei nº 11.343, de 2006 (art. 52, II).

Por fim, fala-se no flagrante forjado, aquele em que a autoridade policial altera a situação, para tentar, com isso, caracterizar uma das hipóteses dos incisos do art. 302 do CPP, o que, sequer é preciso salientar, é ilegal.

Ao tempo em que o flagrante era tratado como espécie de prisão e, por isso mesmo, era a justificativa bastante para que o detido/preso ficasse recolhido ao estabelecimento penal, a discussão sobre a legalidade, ou não, da prisão, especialmente se a situação era efetivamente de flagrante delito, apresentava-se da mais alta relevância. Isso ocorria, como foi aqui registrado, na redação originária do Código de Processo Penal, uma vez que, não sendo o crime afiançável,

¹¹⁶⁷ Quanto à forma empregada para efetuar a prisão em flagrante, a doutrina apresenta a seguinte classificação: flagrante preparado ou provocado; flagrante esperado; flagrante controlado ou diferido e flagrante forjado. O flagrante preparado ou provocado é aquele em que se incentiva, mediante a criação de condições favoráveis, a ação criminosa. Há muita crítica a esse incentivo ao crime, geralmente feito pela autoridade policial, sob o argumento de que a missão daquela deve ser de evitar os crimes, e não incentivá-los. Doutro lado, às vezes a intervenção preparatória é de tal maneira que impede ou torna impossível a prática mesmo do crime, o que motivou o Supremo Tribunal Federal editar a sumula nº 145, para dizer que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação”. Outro tipo é o flagrante esperado em que a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar ou contribuir, de qualquer modo, para a prática da infração. Ainda há o flagrante controlado, em que a autoridade policial, sabendo da prática do crime, prefere não intervir desde logo, a fim de esperar um momento mais adequado para proceder ao flagrante delito, conforme admitem a Lei nº 12.850, de 2013 arts. 3º, II, 8º e 9º), e a Lei nº 11.343, de 2006 (art. 52, II). Por fim, fala-se no flagrante forjado, aquele em que a autoridade policial altera a situação, para tentar, com isso, caracterizar uma das hipóteses dos incisos do art. 302 do CPP, o que, sequer é preciso salientar, é ilegal.

¹¹⁶⁸ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, nota de rodapé da p. 897.

ocorrida a detenção/prisão em flagrante, ainda que inexistente nenhum motivo para a decretação da prisão preventiva, mesmo assim, o detido deveria permanecer recolhido.

Com o enxerto, mediante a aprovação da Lei nº 6.416, de 1977, de um parágrafo único no art. 310 do CPP, tudo se modificou. Daí em diante, malgrado a detenção/prisão em flagrante, de qualquer sorte, para que a pessoa ficasse presa/detida passou a ser exigido que o juiz, ao examinar o correspondente auto, enxergasse a presença de um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

Por isso mesmo, no livro *Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal*, sobre o assunto, expressamos a seguinte posição¹¹⁶⁹:

... como a pessoa presa em flagrante só tinha o direito de responder ao inquérito ou ao processo judicial em liberdade caso o crime fosse afiançável e a fiança fosse recolhida aos cofres públicos, a única alternativa que restava para conseguir a liberdade, quando esta não era cabível, era com o relaxamento da prisão, o que pressupunha, obviamente, a existência de alguma ilegalidade no ato de detenção praticado pela autoridade policial. Como já foi dito à exaustão, agora não é mais assim. Mesmo sendo a detenção em flagrante legal e mesmo que não seja afiançável o crime, ainda assim, para que o detido permaneça preso, é preciso que o juiz, ao receber e examinar o auto de prisão em flagrante, perceba a existência de um dos fundamentos que autoriza a decretação da prisão preventiva.

O que se quer chamar a atenção é que a importância da regularidade da detenção em flagrante delito, desde a vigência do parágrafo único do art. 310 do Ordenamento Processual Penal, não é mais na mesma magnitude. Ainda que legal o procedimento adotado no flagrante delito, o juiz, só por si, não deverá transformar a detenção em prisão, pois, para tanto, ele precisa verificar a existência de um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva. *A contrario sensu*, nada obstante ilegal a detenção em flagrante delito, o juiz pode, e deve, reconhecer o direito ao relaxamento à prisão, mas, no mesmo pronunciamento, apresenta-se por demais razoável que ele, desde que enxergue a presença de um dos fundamentos encartados no art. 310 do Código de Processo Penal, decrete a prisão preventiva. Se assim não se entender, seria o mesmo que dizer que o juiz, observada a ilegalidade da detenção com o exame do auto de prisão em flagrante, tem de determinar o relaxamento da prisão, com consequente expedição do alvará de soltura, mas, logo depois, deverá, caso entenda a necessidade da decretação da prisão preventiva, determinar nova prisão da pessoa. Concordando com essa visão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 77042/RJ, realizado por sua Primeira Turma, à unanimidade, tendo como relator funcionado o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE¹¹⁷⁰, decidiu que as irregularidades praticadas pela autoridade policial, consistentes na falta de sua assinatura e a omissão quanto à expedição de nota de culpa, restam superadas, se "... o Juiz relaxou o flagrante e decretou a prisão preventiva". Sendo mais clara, em outra oportunidade, ao apreciar o RHC 62855/SP, a Suprema Corte, sob a pena do Ministro RAFAEL MAYER¹¹⁷¹, também em votação unânime, a Primeira Turma disse que "Se não se evidencia, do auto de prisão em flagrante, a inexistência dos motivos autorizadores de decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 310 do CPP, injustificável é o relaxamento da prisão em flagrante."

A esse respeito, não houve, propriamente, alteração quanto ao quadro anterior. Apenas, eliminou-se, de uma vez por todas, eventual dúvida que ainda reinasse quanto ao dever do juiz de não se contentar em verificar, apenas, a legalidade, ou não, da prisão. O juiz tem de proferir decisão fundamentada, com expressamente dispõe o art. 310, caput, do CPP, ainda mais agora, na medida em que essa decisão é prolatada na audiência de apresentação (custódia).

¹¹⁶⁹ P. 894-896.

¹¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. NULIDADE: AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, NOTA DE CULPA E AUTO DE APREENSÃO DE ENTORPECENTE NÃO ASSINADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL: SUPERAÇÃO OU IRRELEVÂNCIA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. Data da decisão: 26/05/1998. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 24 jul. 2005.

¹¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PRISÃO EM FLAGRANTE. INTERROGATÓRIO DO CONDUZIDO, NO HOSPITAL. SUBSISTÊNCIA DA PRISÃO. Data da decisão: 19/04/1985. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 24 jul. 2005.

Alteração importante é que, quando examinar o auto de detenção/prisão em flagrante, independentemente de existir ilegalidade, ou não, o juiz só poderá decidir pela conversão em prisão preventiva caso haja, nesse sentido, representação da parte da autoridade policial ou, então, requerimento da alçada do Ministério Público, na medida em que, com o *Pacote Anticrime*, vedado ao juiz decretar de ofício qualquer que seja a medida cautelar de ordem pessoal¹¹⁷².

Assim, se ilegal o flagrante, deve o juiz, de ofício, independentemente de qualquer provocação, relaxar a detenção/prisão, podendo, porém, se houver representação da polícia ou requerimento do Ministério Público, na mesma decisão, impor cautelar criminal, que pode ser, até mesmo, a prisão processual. Esse entendimento, defendido desde a primeira edição do livro, restou sufragada na parte final do § 4º do art. 310, inserido pela Lei nº 13.964, de 2019, que, mesmo diante da ilegalidade da detenção em flagrante em razão de a audiência de apresentação (custódia) não ter sido realizada no prazo previsto, o juiz pode, se for o caso, decretar a prisão preventiva, deixando, assim, de relaxar a prisão.

Com isso se tem que, sendo ilegal a prisão em flagrante e não havendo representação ou requerimento para a sua conversão em medida cautelar, deve o juiz, incontinenti, *relaxar a prisão*.

Não é caso, sequer, de indagar se há, ou não, o direito à liberdade provisória. Sem embargo do que vem de ser dito, o Superior Tribunal de Justiça tinha posição no sentido de que nesse caso de flagrante delito o juiz poderia, de ofício, decretar a prisão preventiva¹¹⁷³. Mas, agora, com a modificação do § 2º do art. 282 do CPP, essa jurisprudência não se aplica mais.

Aqui cabe lembrar o que já dissemos sobre o cumprimento das formalidades escritas no art. 5º, inciso LXII, que, em princípio, quando não observadas, geram, apenas, mera irregularidade, na medida em que a ilegalidade, com o consequente direito ao relaxamento da prisão, só se manifesta quando vier a comprometer a materialidade do crime praticado ou os indícios da autoria. Em rigor, nesse caso, a nulidade, quando muito, é, apenas, relativa, daí a necessidade de que seja demonstrada a ocorrência de prejuízo¹¹⁷⁴, o que, conforme já ressaltamos, deve ser justificado na decisão do juiz.

Por outro lado, mesmo sendo legal o flagrante, caso não haja representação ou requerimento solicitando a conversão em medida cautelar, como o juiz não pode determiná-la de ofício, ainda que entenda que fosse o caso da prisão ou de aplicação de medida diversa, a única decisão possível é a concessão da liberdade provisória.

Como se vê, o controle e a atuação do Ministério Público, a partir do recebimento da *comunicação imediata*, em relação ao auto de prisão em flagrante, pode ser decisivo quanto à solução judicial a ser emprestada para o caso. Caberá ao representante do Ministério Público, presente na audiência de apresentação (custódia), se for o caso, pedir a decretação da prisão preventiva ou de medida diversa da prisão.

6.2.4.1.5.3. Conversão da detenção/prisão em medida cautelar (medidas cautelares diversas ou prisão processual)

A fim de dissipar, de uma vez por todas, qualquer dúvida quanto à natureza jurídica da detenção/prisão em flagrante, a Reforma Tópica implementada pela Lei nº 12.403, de 2011, cuidou de especificar que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, *quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelaram inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão* (art. 310, II, do CPP), por meio de decisão devidamente fundamentada, *converter a prisão em flagrante em preventiva*. Veja-se:

¹¹⁷² Cf. os itens 6.1.7, 6.1.7.1 e 6.1.7.2, supra.

¹¹⁷³ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. STJ, Quinta Turma, HC 231981, Relator Ministro Gilson DIPP, un., julgado em 72/03/2012. Disponível em: www.enfam.jus.br (corpus 927). Acesso em: 30 jul. 2018.

¹¹⁷⁴ RE 197571 / SP, relator Ministro Octavio Galloti, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (Data da decisão: 28/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I — omissis

II — converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III — omissis.

Chame-se a atenção para a circunstância de que a conversão de detenção/prisão em flagrante em cautelar criminal, seja ela detentiva ou não, em verdade, corresponde à decretação de medida cautelar. É hipótese mais de *decretação* do que de *conversão* em medida cautelar. De toda maneira, o dispositivo deixa patente que a detenção/prisão em flagrante não é espécie de medida cautelar, pois não possui tal natureza jurídica. Trata-se, apenas, de ato administrativo *autoexecutório*, praticado no exercício do *dever-poder de polícia*, que se consubstancia e se *basta* na *captura* de quem é flagrado em conduta delitiva, não possuindo, portanto, natureza processual¹¹⁷⁵. Esse ato administrativo se presta, isso sim, para embasar a representação ou requerimento pela *conversão/decretação* de medida cautelar criminal, que tem como uma de suas espécies a prisão processual, gênero das prisões preventiva e temporária.

Saliente-se que a cautelar decretada pelo juiz na audiência de apresentação é uma medida cautelar preparatória, pois não há, ainda, o processo principal. Assim sendo, por força do art. 282, § 2º, primeira parte, do CPP, não pode o juiz, de ofício, decidir a respeito. Só poderá fazê-lo se e quando houver representação ou requerimento, respectivamente, pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, pedindo a concessão da cautelar, que pode ser uma das medidas diversas ou a prisão processual. Essa é a nossa posição, nada obstante, conforme acentuado o item anterior, essa não seja a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, nesse caso, a existência, ou não, de provocação quanto à conversão do flagrante em medida diversa ou em prisão processual, é determinante, pois, não havendo, o juiz só poderá proferir dois tipos de decisão: (a) relaxamento da prisão, se for ilegal o flagrante; (b) liberdade provisória, se legal o flagrante, por ausência de representação ou requerimento, sem a necessidade de examinar a presença, ou não, dos fundamentos para a imposição de medida cautelar (arts. 282, I, II, §6º, e 312, caput, do CPP). Assim, a decisão sobre a conversão tem como requisito indispensável a prévia representação ou requerimento.

Existindo a representação ou o requerimento pela decretação da medida diversa ou prisão processual, independentemente de o flagrante ser legal, ou não, deverá o juiz, necessariamente, decidir a respeito. Em relação a esse aspecto, não há nenhuma mudança efetiva quanto ao que acontecia anteriormente. Não teria nenhum sentido o juiz, existindo a representação ou o requerimento pleiteando a conversão da detenção/prisão em flagrante em medida diversa ou em prisão processual, devido à circunstância de verificar vício de ilegalidade no flagrante, cindir o juízo decisório em dois momentos, o primeiro para determinar o relaxamento da prisão, com a consequente expedição do alvará de soltura e o seu respectivo cumprimento, para, posteriormente, decidir sobre a prisão preventiva.

Além de tratar-se de um contrassenso, inconciliável com a razoabilidade, o juiz possui um único momento, que é a audiência de apresentação (custódia), seja para decidir sobre o relaxamento, a conversão/decretação ou a liberdade provisória. Por isso mesmo, ao examinar o a situação na audiência de apresentação, na mesma decisão, o juiz deve apreciar, além da legalidade do flagrante, se é o caso de ser acolhida, ou não, a representação ou o requerimento quanto à conversão em prisão preventiva ou em medida diversa.

Importa observar, ainda, que, para a conversão do flagrante em prisão preventiva, ou seja, o deferimento da medida cautelar, o juiz terá de fundamentar o *decisum* no art. 312, caput, demonstrando a sua necessidade *por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal* ou para evitar a prática de infrações penais, sem se descurar, é lógico, de

¹¹⁷⁵ Cf. item 6.2.4, supra.

observar os requisitos, que dizem respeito à *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*.

Tenha-se presente que efetivamente a detenção/prisão efetivamente ocorreu em flagrante delito, os requisitos para a conversão em medida diversa ou em prisão processual estão presentes, porquanto, conforme visto acima, em todas as quatro situações legais que caracterizam o flagrante delito, parte-se do pressuposto de que o crime existe e que as circunstâncias indicam que o detido foi quem o perpetrou.

Concluindo que há os fundamentos para a conversão da detenção/prisão em flagrante em cautelar, deve o juiz dar prevalência a uma das medidas contempladas nos incisos do art. 319 do CPP, de modo que não deverá aplicar a prisão preventiva ou temporária, quando uma ou mais daquelas forem adequadas e suficientes.

A literalidade do art. 310, II, do CPP, dá a entender que, primeiro, o juiz faz a valoração se é caso de conversão em prisão preventiva para, então, à semelhança do que ocorre na sentença condenatória, em que a pena privativa de liberdade não é superior a 4 (quatro) anos, decidir se deve ocorrer, ou não, a substituição por uma ou mais das medidas diversas.

No entanto, a interpretação desse preceito em conjunto com o do art. 282, I e II, demonstra que, em verdade, de início, o juiz verifica se há um dos fundamentos para a decretação da cautelar pessoal e, sendo a hipótese, em passo seguinte, passa a examinar, dentre as medidas, detentivas e diversas da prisão, qual é a adequada e suficiente, sendo o caso de prevalecerem estas, nos termos do art. 382, § 6º, do CPP.

Aqui cabe distinção importante, entre as medidas cautelares diversas da prisão previstas nos incisos do art. 319 do CPP como regra geral, da hipótese do art. 310, II, parte final. Impor uma medida cautelar quando a pessoa está solta é uma coisa, outra, totalmente diferente, é quando, ocorrida a detenção/prisão em flagrante, o juiz condiciona a soltura ao prévio cumprimento de uma obrigação, como ocorre na hipótese em que se exige o pagamento de fiança.

De fato, é bastante diferente a situação em que ao detido/preso se impõe, a título de cautelar diversa da prisão, obrigação ou obrigações prévias, que devem, portanto, ser cumpridas antes, na qualidade de condicionantes para o exercício do direito à liberdade provisória. Pensamos que, de regra, em se tratando de flagrante delito, o juiz não pode decretar medida cautelar que deva ser cumprida como condição prévia para a expedição do alvará de soltura, salvo na hipótese tratada no item seguinte.

Daí por que, tratando-se de detenção/prisão em flagrante, o juiz não pode, sob o argumento de que não é caso de conversão em preventiva, simplesmente, com base no art. 319 c/c o art. 321 do CPP, impor medida cautelar diversa da prisão, com exigência de prévio cumprimento para que, então, seja reconhecido o direito à liberdade provisória, como, por exemplo, condicionar o direito de liberdade ao prévio pagamento de fiança, o que, infelizmente, alguns juízes vêm fazendo.

Para todos os efeitos, a leitura dos dois dispositivos acima, quando se trata da situação especial de flagrante delito, precisa ser feita no contexto do que dispõe o art. 310, II, do CPP. É verdade que a leitura isolada do art. 321 leva a crer que “Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.” Aliás, literalmente, é isso o que a norma em destaque expressa; porém, se lida em compasso com o que dispõe o art. 310, II, também do CPP, fica claro qual é o alcance da mensagem legislativa, senão vejamos.

Centrando a atenção inicial à interpretação literal do art. 321 do CPP, percebe-se que a sua primeira parte (“Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória...”) não merece retoques, na medida em que mantém a lógica do art. 310, II, primeira parte, do CPP. Ou seja, na audiência de apresentação decorrente de flagrante, o juiz só deve “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312...” (art. 310, II, do CPP), de modo que, em caso contrário, deve “conceder a liberdade provisória...” (art. 310, III, do CPP).

A incongruência entre as duas normas parece estar nas partes finais dos dois dispositivos. Com efeito, a parte final do art. 321 do CPP (“... impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”), seduz o entendimento de que o juiz pode, nesse caso, condicionar a liberdade provisória ao cumprimento de alguma medida cautelar imposta. Já a parte final do art. 310, II, do CPP (“... e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”) denota não apenas que a liberdade provisória deve ser concedida quando não for o caso da conversão em prisão preventiva como, ainda, que a medida cautelar diversa da prisão, de qualquer sorte, só pode ser estipulada quando houver fundamento para a decretação de medida cautelar.

Aliás, se se der a devida atenção à parte final do art. 321 do CPP, nota-se que ali se esclarece que a possibilidade de decretar uma das medidas cautelares diversas deve ocorrer desde que “... observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.” Portanto, para todos os efeitos, a medida cautelar diversa da prisão só pode ser aplicada caso tenha um dos fundamentos do inciso I do art. 282.

Todavia, sendo o caso de conversão da detenção/prisão em flagrante em medida cautelar diversa da prisão, não deve o juiz impor o prévio cumprimento de condição estabelecida, para então assegurar o direito de o detido/preso ser solto. Em nosso entendimento, por imposição de ordem lógico/sistêmica, o juiz só pode assim proceder na hipótese tratada no item 6.2.4.1.5.4, infra.

Em um primeiro momento, chegamos a adotar a posição de que era cabível a imposição de medida cautelar como condição para a soltura, nos casos em que, para todos os efeitos, o detido/preso não possui o direito à liberdade provisória sem que sejam impostas algumas restrições a título de medida cautelar diversa. No ponto, à vista das espécies de medidas cautelares estampadas no art. 319 do CPP, observa-se que as únicas que poderiam ser estabelecidas como exigência de cumprimento prévio na qualidade de condição para a liberdade provisória são as dos incisos VIII e IX, respectivamente, a fiança¹¹⁷⁶ e a monitoração eletrônica.

Um exemplo de um caso concreto hipotético contribui para esclarecer a posição então adotada. Imagine-se um caso de roubo, em que ocorreu o flagrante. O juiz, ao analisar o respectivo auto, conclui, a despeito do requerimento do Ministério Público, que não é o caso de conversão em medida cautelar, uma vez que não há a presença de nenhum dos fundamentos do art. 382, I e II, e 312, caput, do CPP. A consequência é a concessão da liberdade provisória. A imposição de medida cautelar diversa, nesse caso, é claramente indevida.

Adotando o mesmo exemplo, suponha-se que o juiz, entendendo presente um dos fundamentos para a conversão do flagrante em medida cautelar, defere, no todo ou em parte, representação da autoridade policial ou pedido do Ministério Público, para, em obséquio ao art. 282, II, do CPP, sopesando a *adequação da medida à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e condições pessoais do detido/preso*, por entender *adequadas e suficientes* (art. 310, II, parte final, do CPP), decretar medidas cautelares diversas sob a modalidade de fiança, monitoração eletrônica e de proibição de manter contato com pessoa determinada, razão pela qual condiciona o direito à liberdade provisória ao prévio pagamento da fiança e da colocação do equipamento para possibilitar a fiscalização eletrônica.

Porém, o juiz não pode *impor e condicionar* o exercício do direito à liberdade provisória ao cumprimento de medida cautelar diversa, até porque o descumprimento da condição imposta não acarreta, como consequência necessária, a decretação da prisão. Essa é a inteligência do art. 282, § 4º, do CPP, que determina, no caso de descumprimento de medida cautelar diversa da prisão, que se dê preferência pela imposição de outra ou outras medidas diversas, sendo a opção pela prisão processual cabível, apenas, *no último caso*.

Ademais, esse entendimento é imprescindível para que se compreenda o que o legislador quer dizer no inciso III do art. 310 do CPP, ao colocar, dentre as hipóteses de decisão quando do exame do auto de flagrante, a possibilidade de se *conceder liberdade provisória, com ou sem fiança*, objeto de exame no item abaixo.

1176 Aliás, no art. 310, III, do CPP, consta a fiança com uma das hipóteses de condição a ser estabelecida pelo juiz.

A Lei nº 13.964, de 2019, não promoveu nenhuma alteração de substância quanto à concessão do direito de liberdade provisória, quando do exame do auto de prisão em flagrante. Mas, de toda sorte, inseriu o § 2º no art. 310 do CPP, a fim de ressaltar que, quando do exame do auto de prisão em flagrante, “Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares”.

A expressão *deverá denegar a liberdade provisória* é um eufemismo. Em verdade, a intenção do legislador foi estabelecer, com todas as letras que, nesse caso, é *vedada a liberdade provisória*, o que apresenta vício de inconstitucionalidade, conforme o item 6.2.4.2, infra.

Ora, a natureza acautelatória da prisão processual, essa medida não pode ser determinada sem que demonstrada a sua extrema necessidade, cujos fundamentos estão elencados no art. 312, caput, no caso da prisão preventiva, e no art. 1º, incisos I a III, da Lei nº 7.960, de 1989, na hipótese da prisão temporária. Nem se queira argumenta que o § 2º do art. 310 do CPP contempla novo fundamento para a decretação da prisão preventiva. A circunstância em si de uma pessoa ser reincidente ou de integrar organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, por si só, não justifica a prisão preventiva, devendo o juiz de qualquer sorte, motivar e fundamentar a imposição da medida diante do receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a sua aplicação, nos termos do art. 312, § 2º, do CPP.

Em nosso entendimento, temos duas situações: (a) não existindo fundamento para a decretação da prisão preventiva ou temporária, o juiz deve *conceder a liberdade provisória, sem fiança*, não sendo admissível condicionar o exercício desse direito a nenhuma tipo de obrigação prévia, pouco importando se o crime é afiançável, ou não, ou se lei específica veda, ou não, a concessão de liberdade provisória; (b) sendo convertido o flagrante em prisão preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP, o juiz poderá, caso se trate de crime afiançável, em substituição, conceder a liberdade provisória, com fiança, ademais de impor outras medidas cautelares diversas¹¹⁷⁷.

6.2.4.1.5.4. Liberdade provisória, com ou sem fiança

Como aqui já acentuado, a expressão *liberdade provisória* contém um paradoxo, pois, em verdade, o que é provisória é a *pena* ou a *prisão*. Acontece que, na tradição de nosso Direito, tem-se utilizado essa terminologia para identificar a situação em que, tendo sido recolhida legalmente à prisão, mediante detenção em flagrante ou ordem judicial, a pessoa pode, nada obstante, ser solta, caso detenha o direito à liberdade provisória.

Para o desenvolvimento do entendimento acima, note-se que a Constituição brasileira não se limita a proibir a prisão perpétua, mas sim a prisão de *caráter* perpétuo¹¹⁷⁸. A consequência lógica é que a privação do direito de liberdade é que deve ser, necessariamente, *provisória* ou limitada no tempo. A liberdade, que é um direito fundamental que guarda intimidade direta com o sistema democrático, é que é considerada *permanente*, sendo admissível a sua restrição, apenas, quanto a *intervalo de tempo* que, ademais de não poder ser indefinido, não pode ter, sequer, *caráter* perpétuo.

Para todos os efeitos, pode-se acrescentar que a *provisoriedade* do direito de liberdade quer dizer mais com a *precariedade* com que é concedida a soltura do agente, em razão da possibilidade de que, logo depois, venha a ser determinada, em face da mesma infração criminal, outra ordem de prisão, desde que alicerçada nos requisitos e fundamentos reclamados. Nessa perspectiva, a lógica da expressão liberdade provisória se explica pela circunstância de o legislador da época, em consonância com a sistemática de que a regra era a prisão, tê-la concebido como uma

¹¹⁷⁷ Essa posição será explicada no item seguinte.

¹¹⁷⁸ Art. 5º, XLVII, da Constituição.

espécie de *contracautela*¹¹⁷⁹.

Ou seja, mesmo quando não era o caso de a pessoa ser mantida na prisão, o reconhecimento do direito à liberdade provisória ocorria a *título precário*, pois poderia, a todo e qualquer momento, vir a ser determinada a sua volta ao estabelecimento penal, com a decretação da preventiva, caso não fossem cumpridas as condições estabelecidas pelo juiz, como também quando surgissem novos elementos que justificassem a prisão e, até mesmo, devido à mera sentença condenatória, ainda que passível de recurso.

Saber ou definir/conceituar o que é liberdade provisória, porém, não basta, pois é de fundamental importância ter presente quando deve ser reconhecido o direito à liberdade provisória. Essa é uma tarefa a ser desempenhada pelo legislador, notadamente no Código de Processo Penal, como, aliás, está em nosso sistema.

Na redação originária do CPP, a prisão preventiva não foi tratada como espécie de medida cautelar, o que ensejou regramento bastante severo para o reconhecimento do direito à liberdade provisória. Tanto é assim que, ao lado da prisão preventiva determinada e fundamentada pelo juiz, existia a prisão preventiva obrigatória, ou seja, em que o recolhimento à prisão deveria se dar, independentemente de demonstrada a sua necessidade, toda vez que a pena máxima prevista para o crime praticado fosse igual ou superior a dez anos. Era a prisão preventiva por *força da lei*.

A par disso, ocorrida a detenção/prisão em flagrante, não sendo caso de relaxamento da prisão e de decretação da prisão preventiva, o direito à liberdade provisória só poderia ser reconhecido quando, ademais de afiançável o crime, o preso efetuasse o devido pagamento.

Verifique-se bem como era gizado pelo legislador infraconstitucional o direito à liberdade provisória, quando se dava a detenção/prisão em flagrante. Ocorrida a detenção/prisão em flagrante, se o crime não fosse afiançável, o preso não tinha direito à liberdade provisória, razão pela qual respondia, mesmo quando não demonstrada a necessidade de sua prisão, recolhido ao estabelecimento penal.

O direito à liberdade provisória, quando verificada a detenção/prisão em flagrante, estava condicionado a três requisitos: (a) ser o crime afiançável; (b) não haver motivo para a decretação da prisão preventiva; e (c) ser efetuado o pagamento da quantia estipulada pelo juiz. Bastava que um dos três requisitos não fosse observado para que ao preso não fosse reconhecido o direito à liberdade, razão pela qual deveria permanecer recolhido à prisão. Em outras palavras, nesses casos — repita-se uma vez mais o que aqui já foi dito — a detenção/prisão em flagrante, por si só, era a justificativa para que a pessoa ficasse presa.

Relembre-se, porém, que essa situação foi alterada radicalmente com a inclusão de um parágrafo único no art. 310 do CPP, operada pela edição da Lei nº 6.416, de 1977. Depois da referida inovação legal, a detenção/prisão em flagrante deixou de ter importância para que uma pessoa respondesse, ou não, o processo recolhida à prisão, pois, independentemente de ser o crime afiançável ou inafiançável, não havendo motivo para a decretação da prisão preventiva, o juiz deve reconhecer o direito à liberdade provisória.

O que se quer dizer é que, daí em diante, o juiz deixou de poder condicionar a liberdade provisória ao pagamento de fiança. Ora, se a partir de então passou a ser irrelevante a circunstância de o crime ser afiançável, ou não, de modo que, em todo e qualquer caso, ao receber o auto de detenção/prisão em flagrante, não cabendo a decretação de prisão preventiva, deveria conceder a liberdade provisória, desapareceu a hipótese da *liberdade provisória com fiança*.

Ainda mais porque, em nosso sistema, os crimes afiançáveis eram — apesar das modificações trazidas pela Lei nº 12.403, de 2011, continuam a ser, como veremos adiante —

¹¹⁷⁹ Desde o advento da Lei nº 6.416, de 1977, a liberdade provisória não pode ser vista como uma espécie de contracautela, mas, sim, a consequência natural quando ocorre a detenção/prisão em flagrante, na medida em que, mesmo nessas circunstâncias, a regra é a liberdade. Isso porque, a partir de então, o juiz, ao analisar o auto, só poderia determinar a prisão se estivesse presente um dos fundamentos para a preventiva, que é uma cautelar de caráter excepcional. Ademais, agora, com a Lei nº 12.403, de 2011, conquanto presente um dos fundamentos para a decretação de cautelar criminal, o juiz deve dar preferência pelas medidas diversas elencadas nos incisos do art. 319 do CPP, que podem ser aplicadas cumulativamente, tantas quantas o juiz entender pertinentes para o caso, conforme avaliação feita nos termos do art. 282, II, do CPP.

exatamente os delitos menos graves do que os inafiançáveis. Dessa forma, caso entendido que o juiz, ao analisar a detenção/prisão em flagrante, poderia conceder a liberdade provisória condicionada ao pagamento da fiança, teríamos um contrassenso inaceitável. Isso porque, nesse caso, o juiz poderia estabelecer a fiança como condição para a liberdade provisória apenas quando o crime fosse afiançável, ao passo que nos crimes mais graves, portanto inafiançáveis, a liberdade seria concedida sem ter como condição o prévio pagamento de quantia em dinheiro.

Em rigor, a interpretação literal leva a duas situações: (a) *detenção/prisão em caso de crime afiançável*: o juiz, ao analisar o auto, não havendo motivo para a decretação da prisão preventiva, reconhece o direito à liberdade provisória, porém, condiciona a soltura ao pagamento de quantia a título de fiança; (b) *prisão/detenção em caso de crime inafiançável*: o juiz, ao analisar o auto, não havendo motivo para a decretação da prisão preventiva, reconhece, necessariamente, o direito à liberdade provisória, sendo que, na hipótese, não pode condicioná-lo ao pagamento de quantia em dinheiro, simplesmente porque não é admissível.

A incongruência é clara como a luz solar. Se o crime afiançável é menos grave, como é que o juiz, sem arranhar a lógica das coisas, para reconhecer o direito à liberdade provisória tem de observar que não é o caso de prisão preventiva e, ainda, exigir o pagamento da fiança, enquanto, em se tratando de crime inafiançável, portanto, delito mais grave, basta que não tenha motivo para a preventiva?

A esse respeito, o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica foi bastante lógico ao tratar do tema. Primeiro, o juiz examina a legalidade da prisão (art. 310, I, do CPP). Depois, verifica se é caso de medida cautelar e, se for, observa se é *adequada e suficiente* uma das medidas cautelares diversas, dentre elas, a fiança (art. 310, II, c/ arts. 282, I, II e § 6º, e 319, I a VIII, todos do CPP).

Portanto, a fiança, quando da apreciação do ato de flagrante pelo magistrado, só pode ser arbitrada como condição quando, entendendo ser o caso de prisão preventiva, houver a conclusão de que essa espécie de medida cautelar, cumulada ou não com outra ou outras, apresenta-se *adequada e suficiente* para tutelar o processo principal ou sustar o risco de que seja comprometida a ordem pública ou econômica¹¹⁸⁰.

Assim, o reconhecimento do direito à liberdade provisória com fiança, ou seja, condicionada a fiança, tem como pressuposto lógico o reconhecimento pelo juiz de que, por estar presente hipótese da conversão do flagrante em prisão processual, o agente não possui o direito à liberdade provisória sem que seja exigida a fiança como contracautela, cumulada, ou não, com outras medidas diversas pertinentes.

Esse entendimento, em princípio, conflita com o disposto no art. 324, IV, do CPP, que veda a concessão de fiança, nas hipóteses em que é caso de decretação da prisão preventiva. Mas a regra ali explicitada é pertinente para a fiança denominada autônoma, não a substitutiva da prisão¹¹⁸¹, assim como os limites traçados pelo legislador quanto aos fins da fiança, preceituados no art. 319, VIII, do CPP¹¹⁸².

Dessa forma, sendo o crime afiançável ou não, se não for o caso de conversão do flagrante em delito em prisão processual, o juiz deve reconhecer o direito à liberdade provisória. Na hipótese, não pode o juiz, pelo fato de o crime ser afiançável, condicionar o direito à liberdade ao pagamento de fiança. Se assim fosse, voltariamos à incoerência de tratar os crimes afiançáveis de forma mais severa do que os inafiançáveis. Esse entendimento foi sufragado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pela Ministra Rosa Weber, no julgamento do HC 129474/PR. Com efeito, no julgamento em causa, merece menção a seguinte parte, do Informativo 800 do STF¹¹⁸³:

¹¹⁸⁰ Cf. item 6.2.4.1.5.3, supra.

¹¹⁸¹ Cf. item 6.3 e 6.3.1.9.1, infra.

¹¹⁸² Cf. item 6.3.1.9.2.

¹¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.br/arquivo/documento/informativo800. Acesso em: 31 jul. 2018.

A Primeira Turma concedeu a ordem de ‘habeas corpus’ para deferir o benefício da liberdade provisória do paciente com dispensa do pagamento de fiança e imediata expedição do competente alvará de soltura, ressalvada, se cabível, a imposição de medidas cautelares do art. 319 do CPP. Na espécie, o paciente fora preso em flagrante pela suposta prática do delito de tráfico de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33) e fora beneficiado com a concessão da liberdade provisória mediante o pagamento de fiança. Ocorre que, em virtude do não recolhimento da fiança — e exclusivamente por essa razão — o paciente permaneceria preso. A Turma reputou ser injusto e desproporcional condicionar a expedição do respectivo alvará de soltura ao recolhimento da fiança. Ademais, enfatizou que não tendo o paciente condições financeiras de arcar com o valor da fiança, tendo em vista ser assistido pela Defensoria Pública, o que pressuporia sua hipossuficiência, nada justificaria a imposição da prisão cautelar.

No mesmo passo, na apreciação do HC 568.693/ES, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Ministro Sebastião Reis, publicado no DJe em 16/10/2020, concedeu a ordem para determinar a soltura “... de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança no estado do Espírito Santo e ainda se encontram submetidos à privação cautelar de liberdade em razão do não pagamento do valor, com determinação de extensão dos efeitos desta decisão aos presos a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança em todo o território nacional”. Como se vê, tratou-se de habeas corpus coletivo, tendo a decisão efeito em relação a todos as pessoas recolhidas à prisão em razão de a liberdade provisória ter sido condicionada ao prévio pagamento da fiança.

A despeito do entendimento supra, ante a verificação pelo juiz, nos termos do art. 282, I, do CPP, de que é caso de conversão do flagrante em medida cautelar, deverá examinar se a imposição de medida diversa da prisão é adequada e suficiente (art. 282, II, § 6º, c/c o 310, II, última parte). Se entender que a medida adequada e suficiente é a prisão preventiva, diante da circunstância de o crime ser afiançável, o juiz deve examinar se, com a imposição da fiança, sozinha ou cumulada com outra medida diversa, é recomendável a substituição, a fim de que o agente responda o processo em liberdade.

Com esse *distinguishing*, confere-se prestígio maior à política criminal de conceder mais alternativas para que, quem praticou crime considerado pelo sistema jurídico como menos grave, que são os afiançáveis, responda o processo em liberdade. O fato de o crime ser afiançável, menos grave, justifica que sejam assumidos maiores riscos em se colocar a pessoa em liberdade provisória mesmo diante da conclusão de que, em princípio, o mais recomendável seria a prisão processual. Nesse caso, parece mais do que razoável o juiz cumular a fiança com função substitutiva da prisão processual com a monitoração eletrônica e, ainda, o recolhimento domiciliar. A circunstância de o agente não possuir residência e trabalho fixos, que são requisitos necessários para a medida cautelar de recolhimento domiciliar¹¹⁸⁴, são ótimos indicadores para justificar, ou não, no caso concreto, a substituição da prisão processual pela fiança.

Por outro lado, essa tese também se conforta com a ideia de reservar a prisão apenas para casos extremos, notadamente quando se trata de crimes mais graves, categoria na qual estão todos os inafiançáveis.

Insista-se que, nesse caso, a fiança é cabível como condição para a soltura porque o direito à liberdade provisória, em verdade, não existe. Não fosse o crime afiançável o agente teria de cumprir a prisão processual decretada, o que só não ocorre porque o juiz pode substituí-la pela fiança, cumulada, ou não, com outras medidas.

Diante do esposado, cabe dizer que o juiz não pode arbitrar a fiança como condição para o direito à liberdade, quando não fundamentar, antes, que a hipótese é de conversão do flagrante em prisão preventiva. A fiança, nesse caso, substitui efetivamente a prisão preventiva. Só pode ser fixada, como condição para o direito à liberdade provisória, em substituição à prisão preventiva. Aqui é hipótese na qual a fiança é utilizada em substituição à prisão preventiva, pelo que não tem aplicação o disposto no art. 319, VIII, do CPP, i. e., que reserva a fiança apenas para os casos em

¹¹⁸⁴ Cf. item 6.3.1.5, *infra*.

que essa medida possui a serventia para garantir que o agente compareça aos atos do processo, não obstrua o seu andamento ou quando houver resistência injustificada à ordem judicial.

Há outra hipótese em que é possível admitir-se que o direito de liberdade seja condicionado ao prévio pagamento de fiança. É quando a lei autoriza a própria autoridade policial, independentemente do exame do juiz, a determinar a soltura do detido. Sem embargo da crítica pertinente a essa previsão normativa, aqui há uma explicação em se condicionar, ao prévio pagamento de fiança, o reconhecimento do direito à liberdade provisória pela própria autoridade policial¹¹⁸⁵.

Nesse caso, se o crime for inafiançável, efetuada a detenção/prisão pela autoridade policial, apenas quem pode reconhecer o direito à liberdade provisória é o magistrado, na audiência de apresentação (custódia). Portanto, só o juiz poderá decidir pela concessão da liberdade provisória, sendo vedado à autoridade policial.

Porém, sendo o ilícito afiançável e a pena correspondente igual ou inferior a 4 (quatro) anos, há dois momentos: (a) a lei autoriza a própria autoridade policial, naturalmente quando verificar que não é hipótese de representar pela prisão preventiva, a proceder ao reconhecimento do direito à liberdade provisória, desde que estipule, como *contracautela*, o pagamento de valor a título de fiança; (b) não tendo a autoridade reconhecido o direito à liberdade provisória ou, tendo reconhecido, o detido não efetuar o pagamento, *pode/deve* o juiz, na audiência de apresentação (custódia), não sendo o caso da conversão em preventiva, conceder a liberdade provisória, situação na qual não poderá condicionar o exercício desse direito ao pagamento de fiança.

6.2.4.2. Vedação da liberdade provisória

Malgrado a revogação da prisão preventiva obrigatória e a sedimentação do entendimento tanto doutrinário quanto jurisprudencial acerca da natureza de medida cautelar da prisão processual, após a Constituição, o legislador, impulsionado pelo movimento da *lei e ordem*, passou a editar algumas leis extravagantes vedando a concessão da liberdade provisória para determinados crimes. Trilhando essa política legislativa, a Lei nº 8.072, de 1990, na sua redação originária, tornou o direito à liberdade provisória, nos denominados crimes hediondos e a ele equiparados. No mesmo passo, a Lei nº 9.034, de 1995 – posteriormente revogada pela Lei nº 12.850, de 2013 –, que disciplinava normas para o tratamento de crimes de base organizativa, a Lei nº 9.613, de 1998, que trata dos ilícitos de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, e a Lei nº 10.826, de 2003, que define os crimes de porte ou registro ilegal de arma.

Diante da forma peremptória dos preceitos normativos contidos nas normas em destaque, uma indagação exsurge: Em relação aos crimes tratados nas leis mencionadas, não existe o direito à liberdade provisória? Qual a consequência dessa vedação? Isso implicava dizer que, ao receber o auto de detenção/prisão em flagrante, por ser vedada em lei específica a liberdade provisória, o juiz não poderia, se não fosse o caso de relaxamento, conceder a liberdade provisória, com a consequente determinação da soltura do detido/preso? Quem cometesse um desses crimes, pelo só fato de não ser possível a liberdade provisória, isso implicava na decretação da prisão?

A consequência da negativa do direito à liberdade provisória por essas leis, em rigor, permitiria quatro linhas de interpretação: (1) não sendo admitida a liberdade provisória, praticado o crime, mesmo que não fosse situação de flagrante delito e não houvesse ordem judicial, a autoridade policial poderia efetuar a prisão; (2) havendo necessidade ou não, a prisão preventiva deveria ser decretada pelo juiz, *por força da vontade da lei*; (3) ocorrida a detenção/prisão em flagrante, o juiz não poderia conceder a liberdade provisória, somente podendo o agente recuperar a liberdade caso a prisão fosse ilegal, hipótese em que ele teria direito ao *relaxamento da prisão*, que é coisa distinta do direito à *liberdade provisória*; e (4) a despeito de a norma jurídica vedar a liberdade provisória, ainda assim, somente deveria ser decretada ou mantida a prisão caso houvesse

¹¹⁸⁵ Cf. item 6.3.1.9.4, infra.

necessidade da medida detentiva, justificada em decisão fundamentada.

Qual ou quais dessas soluções interpretativas seriam constitucionalmente válidas? De primeiro, antes de responder a essa indagação, faz-se mister a interpretação das normas em foco conforme a premissa que ressaí da Lei Maior, segundo a qual a prisão processual é medida cautelar extrema, que tem como consequência a privação do exercício de um direito fundamental, a exigir, portanto, decisão judicial demonstrando a sua necessidade, razão pela qual não se pode, por meio de lei, simplesmente vedá-la, levando em consideração o tipo de crime cometido. Em resumo, diante de sua natureza cautelar, não é o crime em si que gera a prisão processual, sendo de mister a demonstração da necessidade de se impor a medida.

Como se não bastasse, note-se que, na intenção de conferir tratamento mais rigoroso para os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os definidos como hediondos, o constituinte disse, expressamente, que eles eram *inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia* (art. 5º, XLIII), e não que, nesses casos, *não seria admitida a liberdade provisória*. Nem mesmo ao tratar da ação de grupos armados, civis ou militares, que atentem contra a ordem constitucional e o Estado democrático, o constituinte chegou a preceituar a vedação da liberdade provisória (art. 5º, XLIV); quando muito, disse que eles, além de *inafiançáveis*, seriam *imprescritíveis*.

Feita a consideração acima, vamos às respostas. A primeira solução pensada não pode ser verdadeira, pois, se aceita, equivaleria a dizer que ademais das duas hipóteses tradicionalmente previstas nas Constituições brasileiras — detenção/prisão em flagrante delito ou por ordem judicial (LXI do art. 5º da Constituição de 1988) —, diante de inovação introduzida no sistema jurídico por obra do legislador ordinário, teríamos uma terceira, que poderia ser denominada *prisão por ordem legal ou ordem/vontade do legislador*¹¹⁸⁶. Às escancaras que uma prisão desse tipo é inaceitável em nosso sistema. Como aqui restou evidenciado, temos apenas duas formas de prisão permitidas na Constituição: em flagrante delito e mediante ordem escrita e fundamentada do juiz. Sem ordem judicial, alguém só pode ser detido quando se encontra em situação que caracteriza o flagrante delito. Afora essa hipótese, a prisão impõe decisão fundamentada da autoridade judiciária. Por conseguinte, exceto no caso de flagrante delito, a pessoa que praticou qualquer tipo de crime só pode ser presa mediante ordem judicial.

O constituinte, utilizar, na última parte do Art. 5º, LXVI, utilizar a expressão *quando a lei admitir a liberdade provisória*, não disse que o legislador poderia, tendo em consideração apenas a natureza do crime, vedar o direito de liberdade. Pelo contrário, em interpretação sistêmica da Constituição, partindo-se da premissa de que a prisão processual detém natureza acautelatória, como assevera o Supremo Tribunal Federal, não se pode estabelecer, *a priori*, que, em certos delitos, a pessoa não pode responder ao processo em liberdade.

Assim, não sendo situação de flagrante delito, mesmo que a autoridade policial encontre a pessoa que praticou um crime para o qual a lei diz que não se admite liberdade provisória, não havendo ordem judicial escrita e fundamentada da autoridade judicial, não poderá, validamente, efetuar a detenção ou prisão¹¹⁸⁷.

A segunda forma de pensar não merece melhor sorte. Esse entendimento, por linhas transversas, reintroduziria, em nosso sistema, a famigerada *prisão preventiva obrigatória*, revogada do Código de Processo Penal com a edição da Lei nº 5.349, de 1967¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁶ Cf. item 6.2.2, supra, no qual se faz a abordagem do sistema prisional na seara constitucional.

¹¹⁸⁷ Faz algum tempo, no Rio Grande do Norte houve caso que despertou acirrado debate perante os meios de comunicação, envolvendo situação que se enquadra na questão posta em debate. Isso se deu em rumoroso caso de homicídio, tipificado como hediondo, em que os agentes praticaram o crime e fugiram. Depois de lapso temporal considerável, eles retornaram à cidade do interior, sendo o delegado comunicado do fato. Este se negou a efetuar a prisão porque não era hipótese de flagrante delito e não havia ordem judicial, de modo que a circunstância de ser vedada, naquele caso, a concessão de liberdade provisória, não autorizava a ação policial no sentido de efetuar a prisão. Estava certa a autoridade policial, o que não a poupou de severa crítica perante os órgãos de comunicação.

¹¹⁸⁸ Luiz Flávio Gomes aponta a inconstitucionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais que tornam defesa, assim como a fiança, a liberdade provisória, pois tal previsão, em verdade, acaba por "... reintroduzir no nosso sistema a prisão compulsória, obrigatória, que desapareceu na década de sessenta com o regime militar." (**Lei de lavagem de capitais:** delação premiada e aspectos processuais penais. p. 359) Nesse caso em que a lei proíbe a liberdade provisória, a decisão

Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal, em várias passagens, deixou assentado que o fato de o crime ser hediondo não impedia a concessão da liberdade provisória, pois a prisão processual, detendo natureza acautelatória, somente há de ser imposta excepcionalmente e, ainda assim, quando for demonstrada a sua extrema necessidade. Essa linha de pensamento que já vinha, faz tempo, sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ganhou repercussão nacional quando assim se decidiu no exame do Habeas Corpus 8.071/SP, no emblemático caso envolvendo o jornalista Pimenta Neves, acusado de matar a sua namorada, também jornalista, em crime de homicídio classificado como hediondo¹¹⁸⁹. Na ementa do acórdão em foco, na parte que interessa, o Ministro Celso de Melo pontuou:

HABEAS CORPUS — CRIME HEDIONDO — ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO — TEMOR DE FUGA DO RÉU — DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA — RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES — INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE — PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. — A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe — além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) — que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. (...) O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. — O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público — precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) — não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. — A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. (...)

A resposta negativa à segunda alternativa prejudica a da terceira. Mas merece registro que o pensamento exposto como uma das possibilidades interpretativas, e aqui criticado, chegou a ser seguido pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em julgamento unânime da Primeira Turma, a Excelsa Corte, em votação relatada pelo Ministro Sidney Sanches¹¹⁹⁰, constou da ementa que, ocorrida a prisão em flagrante, tratando-se de crime hediondo, em princípio, não se deve aplicar a regra do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, e, sim, a especial, prevista na Lei nº 8.072, de 1990, que veda a liberdade provisória.

Alguns tempo antes, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 79386/AP, em votação na qual restou vencido o Ministro Marco Aurélio, sendo designado para relatar o acórdão o Ministro Maurício Corrêa¹¹⁹¹, já tinha deixado consignado que existe a “Impossibilidade de concessão de liberdade provisória em face de expressa vedação contida no artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90, cuja constitucionalidade já foi reconhecida por esta Corte”.

Cabe agregar que, nesse caso, a prisão se justificaria pelo tipo de crime praticado, mesmo

que impõe a prisão — diz Luiz Flávio Gomes — não seria judicial, porém legislativa (Ibid. 359). A respeito da prisão preventiva obrigatória, cf. item 6.2.3, supra, que trata do sistema prisional originário previsto no Código de Processo Penal de 1941.

¹¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª. Turma, un. Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 25 jul. 2005.

¹¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: HC — Processo: 82316, UF: PR, Data da decisão: 11/02/2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 25 jul. 2005.

¹¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 05/10/1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 25 jul. 2005.

que não demonstrada a necessidade de que a pessoa ficasse recolhida à prisão. Julgar-se-ia o fato, em detrimento da pessoa ou pessoas envolvidas na ação criminosa, o que, ainda, vulnera o princípio da *individualização*, que também tem sede constitucional.

Infirmaria, ademais, a natureza acautelatória da prisão processual, pois implicaria manter no cárcere a pessoa sem que houvesse nenhuma necessidade para tanto, todavia, o Supremo Tribunal Federal argumentava que, nesses casos, a vedação da liberdade provisória se justificava pela *gravidade dos fatos*, como se observa do aresto abaixo¹¹⁹²:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME ORGANIZADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. MANUTENÇÃO. NECESSIDADE DA PRISÃO COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. Necessidade da manutenção da custódia cautelar exsurge da própria gravidade dos fatos evidenciados nos autos, razão bastante a desautorizar a liberdade provisória em obséquio da garantia da ordem pública. Precedentes deste Supremo Tribunal, o qual considera necessária a manutenção da prisão em flagrante como garantia da ordem pública quando a gravidade dos fatos narrados nos autos a justifica. Habeas corpus a que se denega a ordem.

Por outro lado, essa interpretação restabeleceria o flagrante delito como espécie de medida cautelar, pois ele, por si só, seria justificativa para que a pessoa ficasse presa durante o transcurso do inquérito e do processo. Ou seja, detido em flagrante, como não seria possível a liberdade provisória, a pessoa ficaria presa. Assim, com esse entendimento, a sorte de quem responde por esses crimes para os quais há vedação expressa da concessão de liberdade provisória estaria resolvida diante da circunstância de ter ocorrido, ou não, a prisão em flagrante. Se feita a prisão em flagrante, ele terá de ficar preso durante todo o processo. Em sentido contrário, se ele não for detido em flagrante, mesmo em se tratando de crime hediondo, de tortura, de tráfico ilícito, de terrorismo, organizado ou de “lavagem” de capitais, a prisão somente pode ser ordenada caso esteja presente um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva¹¹⁹³.

Em nosso sentir, a única resposta válida é a quarta, o que, aliás, sempre foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, em que pese a forma imperativa como estava estampada nas normas em referência, mesmo quando no caso de flagrante delito, o juiz, na hipótese de não sentir a necessidade de decretar a prisão, deveria exarar *decisum* determinando a liberdade provisória. Nesse linha de entendimento, eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, expressado no julgamento do Habeas Corpus 36.452, sem divergência de votos, pela Sexta Turma:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. REQUISITOS. AUSÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. PERICULUM LIBERTATIS. INEXISTÊNCIA. PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO CULPABILIDADE. PREVALÊNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE.

No ordenamento constitucional vigente, a liberdade é regra, excetuada apenas quando concretamente se comprovar a existência de periculum libertatis.

Não foi dada ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90.

Os princípios constitucionais do Estado de Inocência e da Liberdade Provisória não podem ser elididos por normas infraconstitucionais que estejam em desarmonia com os princípios e garantias individuais fundamentais.

A manutenção da prisão em flagrante deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI, e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos mantenedores da medida. (...)

¹¹⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 89491/SP, un., Rel. Ministra Carmem Lúcia. Data da decisão: 26/09/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 17 jan. 2007. O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, vem mantendo, sobranceira, essa posição.

¹¹⁹³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p 905.

No mesmo passo, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, igualmente em votação unânime, em acórdão redigido pela Ministra Laurita Vaz, na apreciação do Habeas Corpus 338466/CC, assim deixou consignado:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. PRECEDENTES DO STJ. 1. Ainda que o crime seja classificado como hediondo pela Lei n.º 8.072/1990, a simples alegação da natureza hedionda do delito cometido, em tese, pelo paciente não é, de per se, justificadora do indeferimento do pedido de liberdade provisória, devendo, também, a autoridade judicial devidamente fundamentar e discorrer sobre os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal, tendo como *leading case* a ADI 3137/DF, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, proposta contra a vedação da liberdade provisória embutida no art. 21 da Lei n.º 10.868, de 2003, o chamado Estatuto do Desarmamento, após ressaltar que essa disposição contém vício de inconstitucionalidade por afrontar as cláusulas da presunção de inocência e do devido processo legal, ressaltou “que, não obstante a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, liberando-se a franquia para os demais delitos, a Constituição não permite a prisão *ex lege*, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV)”¹¹⁹⁴.

Observa-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, com essa nova visão sobre o tema, confere respaldo à tese aqui defendida, no sentido de que a lei subconstitucional não pode vedar a liberdade provisória tendo em consideração apenas a natureza do crime, pois isso seria o mesmo que criar uma terceira espécie de prisão provisória, não prevista na Constituição, qual seja, a prisão *ex lege*.

Devido a essa nova orientação da Suprema Corte, o legislador infraconstitucional tratou de alterar, por meio da Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007, a redação do art. 2º, II, da Lei n.º 8.072, de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, no desiderato de suprimir a vedação da liberdade provisória.

Seguindo essa posição, o art. 310 do CPP, com a redação conferida pela Lei n.º 12.403, de 2011, acertadamente, não faz distinção quanto ao direito à liberdade provisória qualquer que seja o crime, desde que não existentes os requisitos e fundamentos constantes no art. 312 do CPP. Sendo ainda mais coerente, com a Lei n.º 12.683, de 9 de julho de 2012, o legislador revogou o art. 3º da Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, de modo que, doravante, não é mais vedada, em se tratando de crime de lavagem de dinheiro, quer a liberdade provisória, quer a fiança. Por fim, a Lei n.º 12.830, de 2013, revogou a Lei n.º 9.034, de 1995.

Assim, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado na ADI 3137/DF, a lei, sob pena de inconstitucionalidade, não pode vedar o direito à liberdade provisória em razão apenas do tipo de crime praticado.

Acontece que o legislador da Lei n.º 13.964, de 2019, diz que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, caso verifique que “o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares” (art. 310, § 2º, do CPP). Como dissemos acima, não se trata da existência de mais um fundamento para a decretação da prisão preventiva além dos previstos no caput do art. 312 do CPP. Por outro lado, veja-se que o legislador teve o cuidado de não vedar a liberdade provisória nesses casos, preferindo, a fim de contornar vício de inconstitucionalidade, dizer que o juiz *deverá denegar a liberdade provisória*. A regra, portanto, não é imperativa, até porque, diante do que foi exposto, não poderia. Com a expressão *deverá*, em interpretação conforme deve-se entender que o juiz só decretará a prisão provisória se e quando,

¹¹⁹⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, m.v. Data da Decisão 2/5/2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurispr.asp>. Acesso em: 4 jun. 2007.

para além da reincidência e da prática do crime de base organizativa armada ou milícia, houver um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva ou temporária.

Em resumo, diante do que foi expandido neste item e no anterior, não existindo fundamento para a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá *conceder a liberdade provisória*, sem condicionar ao prévio pagamento de fiança ou ao cumprimento de qualquer outro tipo de condição, sendo irrelevante se o crime é afiançável, ou não, ou se lei específica veda, ou não, a concessão de liberdade provisória.

A única hipótese em que se admite a exigência do pagamento da fiança como condição para a concessão da liberdade provisória é na hipótese em que o juiz, diante do exame do caso concreto, entende que deve o flagrante ser convertido em prisão, mas, sendo afiançável o crime, substitui a medida detentiva por medidas cautelares diversas, estabelecendo, dentre elas, a garantia do cumprimento das condições estabelecidas mediante o pagamento de fiança. Mas, nesse caso, conquanto razoável a fixação da fiança, a concessão do direito de liberdade não deve ser condicionado ao prévio pagamento, devendo ser concedido prazo para o cumprimento da obrigação.

6.2.5. Prisão preventiva

Um sistema jurídico de cunho democrático, forjado sob a batuta dos direitos fundamentais, possui como esteio a garantia da liberdade, bem jurídico com grau de importância similar ao direito à vida. A vida, sem liberdade, não tem muito sentido.

O liberalismo, vivificado a partir da doutrina política dos iluministas e renovado, com colorido mais denso, pelo *movimento neoconstitucionalista*, coloca o direito de liberdade como espinha dorsal do sistema jurídico.

Nessa perspectiva, o Direito Criminal deve ser mínimo, sendo pertinente a sua aplicação apenas como *ultima ratio* da política social, a fim de atuar nos casos em que os demais segmentos do Direito não contenham resposta adequada ao comportamento antissocial. Sem embargo de *subsidiário*, a solução alvitada por esse ramo jurídico precisa ser orientada tendo como foco a *erradicação da marginalização* (art. 3º, III, da Constituição), de modo que, tanto quanto possível, o *problema penal* há de ser resolvido sem a privação do direito de liberdade, mesmo em relação à aplicação da pena. Esse é o *futuro do Direito Penal*, imaginado por Claus Roxin¹¹⁹⁵.

Não foi por outra razão que as preocupações contra a aplicação da prisão se fizeram sentir já na Magna Carta inglesa de 1215, imposta pelos barões contra o absolutismo do Rei João Sem Terra (“Nenhum homem livre será detido ou preso..., senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”).

Essa política criminal, inerente ao sistema democrático arquitetado sob a plataforma dos direitos fundamentais, tem repercussão, como não poderia deixar de ser, na concepção do instituto da prisão como medida processual. Se ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado, em rigor, não parece razoável a pessoa ir para o cárcere antes de encerrado o processo ou sem que exista um *juízo de culpa* formado e declarado. No ponto, Ferrajoli chega a defender um processo criminal sem prisão provisória, antes de um juízo de culpa¹¹⁹⁶.

Em consonância com o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, em rigor, o cerceamento do direito de defesa só deveria ser possível após a definição da culpa do agente. Todavia, todos os sistemas jurídicos contemplam hipóteses que, quando presentes, autorizam o juiz a impor medida cautelar de ordem pessoal, com o condão de suprimir o direito de liberdade, mediante a determinação do recolhimento do acusado a estabelecimento carcerário.

Em nosso meio, à época do Brasil Colônia, já se permitia ao magistrado decretar a prisão

¹¹⁹⁵ **Estudos de direito penal.** Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17.

¹¹⁹⁶ **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. 2. ed. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et alii. Madri: Editoria Trotta, 1995, p. 559.

preventiva nos casos mais graves e quando houvesse necessidade para a segurança da instrução ou, se fosse o caso, a execução da pena. Em verdade, mediante o Decreto de 23 de maio de 1821, restou consignado que o direito de liberdade, salvo quando fosse situação de flagrante delito, somente poderia ser restringido em razão de prévia ordem escrita de juiz ou magistrado criminal, a qual haveria de ter como suporte a *culpa formada*.

A Exposição de Motivos do Decreto em referência, redigida com a pena do Príncipe Regente, revela o fim almejado com a mencionada disciplina¹¹⁹⁷:

considerando que alguns governadores, juízes criminais e magistrados, abusando de sua jurisdição, mandavam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denúncias secretas, suspeitas veementes e outros motivos, para impunemente conservar presos homens que na sociedade deviam gozar dos bens que ele promete e o primeiro dos quais é, sem dúvida, a segurança individual, ordenava que dali por diante, nenhuma pessoa livre no Brasil pudesse jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, salvo o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente; e que nenhum juiz ou magistrado criminal poderá expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada.

De qualquer sorte, isso não quer dizer que, desde então, no cenário jurídico brasileiro tenha sido adotada a regra de que, afora a prisão em flagrante, a restrição do direito de liberdade decorria, necessariamente, de decisão judicial. Mas, conforme a incipiente organização judiciária da época, não havia a separação entre as atividades judicantes e as de cunho policial, de modo que os juízes, a maioria dos quais leigos, nomeados para o exercício da função, eram encarregados tanto dos inquéritos e do processo como, até mesmo, do policiamento de bairros, enquanto os delegados e subdelegados, escolhidos dentre desembargadores e juízes de direito, eram nomeados pelo chefe de polícia¹¹⁹⁸.

Tanto assim era que, na redação primária do art. 21 do Código de Processo Penal, o delegado podia determinar a incomunicabilidade do indiciado, pelo prazo de 3 (três) dias, sempre que presente o interesse da sociedade ou a medida fosse conveniente para a investigação. Com a Lei nº 6.900, de 1981, foi inserido o parágrafo único, a fim de esclarecer que essa medida só poderia ser decretada pelo juiz.

Todavia, consoante visto supra, para todos os efeitos, na redação originária do CPP havia dos tipos de prisão preventiva; ambas exigiam prévia ordem judicial, porém, distinguiam-se porque uma era *obrigatória*, enquanto a outra *facultativa*.

A prisão preventiva obrigatória constava do então art. 312, o qual assim dispunha:

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

A prisão preventiva facultativa constava do art. 313 do CPP, com a seguinte redação:

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia de ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:

I — Nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior;

II — Nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio, ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III — Nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

Como se vê, a prisão preventiva tinha dois tratamentos. Um, em relação à prisão

¹¹⁹⁷ LEAL. Câmara. **Comentários ao Código de Processo Penal**, p. 180.

¹¹⁹⁸ Cf. SILVA JÚNIOR, **Curso de Processo Penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 803. O chefe de polícia era hierarquicamente superior aos juízes de direito e aos juízes municipais.

preventiva facultativa, disciplinada no art. 313 do CPP, de natureza cautelar, pois, para a decretação se exigia que o juiz, na decisão, a ser motivada com suporte em um dos fundamentos do seu caput, demonstrasse a sua necessidade. A outra, quanto à prisão preventiva obrigatória, tratada no art. 312 do CPP, em que não se exigia a demonstração da necessidade da prisão, senão a evidência do dado objetivo de a pena abstrata prevista para o fato criminoso ser igual ou superior a dez anos.

A prisão preventiva obrigatória guardava coerência com o tratamento então dispensado à detenção/prisão em flagrante no caso de crime inafiançável¹¹⁹⁹, que se apresentava como hipótese de prisão processual mesmo que não houvesse necessidade da medida. Conforme salientado linhas acima, essa disciplina normativa foi definitivamente desconstruída com a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

Ada Pellegrini Grinover¹²⁰⁰, em livro lançado no ano de 1979, já chamava a devida atenção para o fato de que “É com relação à prisão preventiva e em flagrante delicto que a Lei nº 6.416/77 introduz relevantes alterações, atenta à orientação de que só deve haver prisão cautelar quando estritamente necessário. É o princípio da necessidade, ao qual alude Tornai (Compêndio de Processo Penal, Confinio, Rio, 1967, vol. III, p. 1.079), que deve marcar o ponto de equilíbrio entre o direito à liberdade do réu e o interesse social a que justiça seja feita”.

A esse respeito, merecem destaque duas passagens da Exposição de Motivos da lei em referência, de autoria do então Ministro da Justiça, Armando Falcão:

8. (...) Com a preocupação de resolver o problema da superlotação das prisões, sem contudo deixar dos delinquentes impunes, foi procurada uma solução condizente com a moderna tendência de... ser utilizada (a prisão preventiva) somente quando e na medida em que for necessária aos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública.
14. Quanto à prisão provisória (em flagrante, preventiva e por efeito de pronúncia), considerou-se que, com frequência, principalmente na prisão em flagrante, a medida é relaxada pelo juiz competente ou é anulada por via de habeas corpus, patenteando-se a sua desnecessidade em muitos casos. Foi ela reduzida ao mínimo indispensável à garantia dos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública. (...)

A partir de então, a prisão preventiva passou a ter como fim tutelar o processo iniciado ou a ser iniciado, no qual será travada discussão sobre a culpabilidade do acusado, com nítido caráter cautelar. Ademais, deixou de ter como referência, para fins de decretação da prisão preventiva, a circunstância de o crime ser afiançável, ou não, e passou a adotar, como critério, a espécie de pena prevista para o crime, se de reclusão ou de detenção.

De outra banda, certamente para preencher o vazio que ficaria com a supressão da Lei nº 6.416, de 1977, da prisão preventiva obrigatória que era tratada no art. 312, 7, a prisão preventiva passou a ser disciplinada em dois dispositivos, exatamente os arts. 312 e 313 do CPP, cujas redações eram as seguintes:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a prisão preventiva nos crimes dolosos:

I — punidos com reclusão;

II — punidos com detenção, quando havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III — se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

¹¹⁹⁹ Cf. item 6.2.4, supra.

¹²⁰⁰ A nova lei penal [por] Paulo José da Costa Jr. e A nova lei processual penal [por] Ada Pellegrini Grinover: comentários à Lei 6.416, de 24 de maio de 1977. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2. ed. 1979.

Essa disciplina normativa consolidou a natureza jurídica da prisão preventiva de medida cautelar de ordem processual, de modo que, assim como toda e qualquer medida de urgência, para a sua decretação, mister a demonstração de sua necessidade ou imprescindibilidade, o que se faz mediante a presença de um dos seus fundamentos, que representa o *periculum in mora* ou *periculum libertatis* (garantia da ordem pública ou econômica — medida para garantir a segurança pública —, conveniência da instrução criminal — medida para garantir a eficácia da instrução do processo — ou para assegurar a aplicação da lei penal — medida para garantir a eficácia do resultado do processo), além dos seus pressupostos ou requisitos (materialidade e indício de autoria).

Aqui não cabe discussão quanto aos aspectos referentes à primariedade ou aos antecedentes criminais. É que para a decretação de prisão preventiva se reclama, em primeiro plano, que estejam presentes a materialidade do ilícito e indícios suficientes de que o réu seja o seu autor e que se agregue àqueles requisitos um dos fundamentos plasmados no art. 312 do CPP. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nessa linha de entendimento, tem deixado consignado, em vários de seus pronunciamentos, que “A mera condição de primariedade do agente, a circunstância de este possuir bons antecedentes e o fato de exercer atividade profissional lícita não pré-excluem, só por si, a possibilidade jurídica de decretação da sua prisão cautelar” (RTJ 99/651 — RT 649/275 — RT 662/347). Do mesmo modo que a primariedade e os bons antecedentes não desautorizam a decretação da prisão preventiva, a circunstância de a pessoa não reunir esses elementos não autoriza a aplicação dessa medida extrema. A primariedade e os bons antecedentes podem, e devem, ser analisados como fundamento para a escolha da medida cautelar adequada, mas não para a decretação, em si, da medida cautelar¹²⁰¹.

Por isso mesmo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é remansosa em ressaltar a natureza cautelar da prisão processual, de modo a coibir a decretação da prisão antes da decisão definitiva, senão quando for *absolutamente necessária*. Com efeito, no julgamento do HC 80.282-SC, relatado pelo Ministro Nelson Jobim¹²⁰², a ementa do acórdão restou assim vazada:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. A prisão preventiva deve ser decretada, quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade. Não mais subsistentes os motivos que levaram a sua decretação, como no caso concreto, impõe-se que seja revogada. (...)

No mesmo passo, o Superior Tribunal de Justiça¹²⁰³ tem asseverado que “(...) 2. A prisão cautelar, de natureza processual, só pode ser decretada em se mostrando a absoluta necessidade de sua adoção, de acordo com a atual orientação do Plenário da Suprema Corte. (...)”.

Quanto aos requisitos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, para não repetir o que já foi exposto, remetemos o leitor para o item 6.1.6 e seguintes, pois o que se falou ali é aplicável a toda e qualquer espécie de medida cautelar pessoal, detentiva ou não.

Não é demais uma vez mais repetir que, em razão da característica de subsidiariedade da prisão preventiva em relação às medidas cautelares pessoais diversas, contemplada, por obra das Leis n.ºs. 12.403, de 2011, e 13.964, de 2019 (arts. 282, § 6º e 310, II, parte final, ambos do CPP), a despeito de fundamentar a necessidade de imposição da medida cautelar detentiva com suporte em um dos fundamentos do art. 312 do CPP, o juiz tem, ainda, que explicitar, na decisão, que nenhuma das outras medidas se mostra *adequada e suficiente* para, no caso concreto, prestar a tutela ao processo¹²⁰⁴.

¹²⁰¹ A respeito, cf. item 6.1.6.3, supra.

¹²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Data da decisão: 30/10/2000, Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 4 jan. 2012.

¹²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Data da decisão: 04/06/2009, Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Acesso em: 4 jan. 2012

¹²⁰⁴ Cf. item 6.1.5, supra.

Sem embargo de tudo o que foi aqui salientado, na chamada *Operação Lava Jato*, em muitos casos, houve a decretação da prisão preventiva, ao fundamento de que necessária para evitar a reiteração da prática da conduta ilícita, tendo em consideração que os bens e recursos utilizados na prática do crime de lavagem de dinheiro não tinha sido recuperados. De outra banda, houve a conjectura de que as prisões preventivas estavam sendo decretadas, em verdade, com finalidade diversa, qual seja, forçar o acusado a negociar acordo de colaboração premiada. No entanto, ainda que o fundamento utilizado para a decretação da prisão preventiva tenha tido o condão de fazer com que a prisão preventiva, em relação aos autores de crimes inseridos no contexto da *Operação Lava Jato*, tenha se apresentado mais como regra do que exceção, não se evidenciou relação direta, do ponto de vista jurídico, entre o acordo de colaboração premiada e a prisão preventiva, até porque, não há, nem muito menos poderia, qualquer previsão normativa essa respeito na Lei nº 12.850, de 2013.

Mas é fato que alguns acusados que estavam presos, ao negociarem a colaboração premiada, colocaram como condição a revogação da medida detentiva, o que é, no mínimo, preocupante. À primeira vista, parece razoável que, diante do compromisso assumido pelo acusado em cumprir as condições estabelecidas no acordo, isso tenha reflexo para a soltura, transformação do encarceramento em prisão domiciliar e, até mesmo, na substituição da prisão por medidas diversas. Principalmente se, no acordo de colaboração, o acusado se comprometer devolver os valores e bens obtidos com a prática dos crimes em apuração. O que preocupa é que a prisão seja utilizada como instrumento para *convencer* o acusado a colaborar, pois a colabora tem de ser espontânea, sob pena de inválida.

Certamente que o melhor é a previsão de norma expressa vedando a colaboração premiada, enquanto o acusado esteja recolhido à prisão, pois, na condição de preso, é difícil ter certeza quanto à espontaneidade para a realização do acordo.

6.2.5.1. Hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva

Conquanto não houvesse, na redação originária do Código de Processo Penal, medidas cautelares diversas da prisão, ainda assim, a prisão preventiva, como regra, só era prevista para delitos que, conforme a política legislativa referente ao sistema criminal de então, eram considerados mais graves. Primeiro, adotou-se como critério a circunstância de o crime ser afiançável, ou não, de modo que, como regra geral, a preventiva só era cabível quando o delito fosse inafiançável. Diante da reforma promovida pela Lei nº 6.416, de 1977, mudou-se o critério para a espécie de pena prevista para a definição do crime como de maior ou menor gravidade. Assim, os crimes punidos com reclusão eram considerados os mais graves, que eram, como regra, os passíveis de prisão preventiva, ao passo que os sancionados com a detenção eram os de menor gravidade, para os quais a cautelar detentiva só era admissível em situações excepcionais.

Na redação originária do art. 313, caput, do CPP, não constava, como condição para a admissão da preventiva, a exigência de o crime ser doloso. Bastava que fosse punido com reclusão. Mediante a reforma de 1977, no caput do art. 313, foi incluída a circunstância de o crime ser doloso como condição para a admissibilidade da prisão preventiva, de modo que, conforme a regra geral anterior à segunda etapa da Reforma Tópica, essa medida era cabível apenas quando o crime em apuração fosse *doloso* e punido com *reclusão* (art. 313, caput e I, do CPP). De fato, para não deixar dúvidas de que a prisão preventiva só era cabível em se tratando de crime praticado com dolo, o caput do art. 313 do CPP estava assim redigido: “Em qualquer das circunstâncias previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos *crimes dolosos*.” (Grifos acrescentados). Portanto, de modo expresso, não se admitia, em qualquer que fosse a hipótese, a imposição de medida preventiva, em crime culposos.

No inciso I do dispositivo em comento constava a regra geral de que, conquanto o crime fosse doloso, a preventiva só deveria ser decretada se a pena fosse de reclusão. Assim se o tipo de sanção estabelecido para o ilícito, em que pese privativa do direito de liberdade, fosse de detenção,

em princípio, não cabia a decretação de prisão preventiva, salvo quando a situação se enquadrasse em uma das exceções tratadas nos incisos II, III e IV¹²⁰⁵ do art. 313 do CPP.

Só excepcionalmente, desde que atendida a exigência do caput de tratar-se de ação dolosa, admitia-se a prisão preventiva em crimes punidos com detenção, quando: (a) apurado que o agente era vadio, ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecesse ou não indicasse os elementos para esclarecê-la (art. 313, II, do CPP); (b) quando o agente tivesse sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, salvo quando já tivesse ocorrido a prescrição da reincidência (art. 64, I, do Código Penal), que se dá cinco anos depois do cumprimento ou da extinção da pena (art. 313, III, do CPP); e (c) o crime envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha), para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Portanto, devido à circunstância de a condição de crime doloso ter figurado como requisito estampado no caput do art. 313 do CPP, tanto no caso da regra geral (inciso I) quanto das exceções (incisos II, III e IV), sendo o crime culposos, não era cabível a prisão preventiva.

Todavia, nas sucessivas reformas tópicas levadas a efeito no sistema criminal brasileiro, o legislador foi, paulatinamente, abandonando a classificação do crime como de maior ou de menor gravidade tendo em conta o tipo de pena, se de reclusão ou detenção. Notadamente a partir de 1998, quando o legislador alterou o Código Penal para admitir a substituição da pena de prisão, cujo máximo não fosse superior a 4 (quatro) anos, pela restritiva de direitos, essa quantidade da pena passou a ser o parâmetro utilizado como política legislativa para fins de adoção de tratamento normativo mais ou menos rigoroso.

Observe-se que, antes da primeira etapa da Reforma Tópica, o critério considerado para a definição do tipo de procedimento, se ordinário ou sumário, era conforme o tipo da pena, respectivamente, se de reclusão ou detenção. O procedimento ordinário, o mais elástico, em que há maior amplitude de exercício da ampla defesa, era previsto para os crimes punidos com reclusão, enquanto o sumário, mais estreito, era estabelecido para os delitos nos quais era cabível a pena de detenção. Conforme vimos linhas atrás, com a primeira etapa da Reforma Tópica implementada em 2008, o legislador cuidou de alterar as regras pertinentes aos procedimentos ordinário e sumário e, ademais, substituiu o então critério de definição com base no *tipo* da pena (reclusão ou detenção) pelo da *quantidade* da pena abstrata máxima. Assim, para os crimes em que a pena abstrata máxima é igual ou superior a 4 (quatro) anos, procedimento ordinário, enquanto para aqueles em que a privativa de liberdade é superior a 2 (dois), mas inferior a 4 (quatro) anos, o procedimento sumário¹²⁰⁶.

Mantendo essa nova política legislativa, o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica, com a Lei nº 12.403, de 2011, também deixou de ter como referencial, para fins de estabelecer a regra geral de admissibilidade da prisão preventiva, a *espécie* de pena (reclusão ou detenção) e adotou a *quantidade* da pena. Com isso, de acordo com a redação atual do art. 313, I, a prisão preventiva só é cabível, de regra, “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”.

Nos incisos II e III (acrescentou além dos casos de crimes contra a mulher, os que forem praticados contra *criança, adolescente, idoso, enfermo* ou *pessoa com deficiência*) do art. 313 do CPP, o legislador da segunda fase da Reforma Tópica manteve as exceções que constavam, respectivamente, dos incisos III e IV do citado artigo. A exceção que era estampada no inciso II da norma em destaque, findou sendo deslocada para um parágrafo único, com supressão da primeira parte que se referia à situação de vadio. Desse modo, o art. 313 do CPP hoje está escrito conforme abaixo:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
I — nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

¹²⁰⁵ Esse inciso fora acrescentado ao art. 313 do CPP com a edição da Lei nº 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha).

¹²⁰⁶ Cf. item 5, supra. Se a pena máxima não for superior a dois anos, o procedimento é o sumaríssimo.

II — se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de dezembro de 1940 — Código Penal;

III — se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgências;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Uma questão desde logo merece destaque. O legislador da segunda fase da Reforma Tópica deslocou a exigência de que o crime seja doloso do caput do art. 313 do CPP, como era antes, para o inciso I do mesmo dispositivo. Uma leitura apressada pode dar a entender que, agora, salvo quando for a hipótese do inciso I, não haverá a exigência de que o crime seja doloso, a fim de que admissível a preventiva. Ainda que exegese história, técnica e literal anime essa conclusão, ela não se apresenta razoável, pois não se mostra afinada com a lógica sistêmica. O deslocamento da exigência de ser o crime doloso, para fins de admissibilidade da prisão preventiva, do caput para o inciso I do art. 313, como exposto a seguir, tudo indica, foi com a intenção deliberada de retirar essa exigência quando a situação se encaixar na hipótese estampada no parágrafo único da norma jurídica em destaque.

6.2.5.1.1. Crimes dolosos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos

Como regra geral, a prisão preventiva, na qualidade de medida cautelar pessoal, só é cabível quando, presentes os requisitos, existir um dos fundamentos e nenhuma das medidas diversas se apresentar como suficiente e adequada, a pena prevista para o crime é superior a 4 (quatro) anos. A regra geral, portanto, é de que a prisão preventiva só é admissível quando a pena máxima prevista para o crime for superior a 4 (quatro) anos.

Em outras palavras, isso quer dizer que, em princípio, sendo um crime com pena inferior a 4 (quatro) anos, nada obstante presentes os requisitos, os fundamentos e não seja adequada e suficiente nenhuma medida cautelar diversa, o juiz, mesmo nessa situação, não deverá decretar a prisão preventiva. Resta considerar que essa regra geral é restrita à prisão preventiva, sem aplicação na prisão temporária, pois, em relação a ela, a exigência é de que o crime seja um daqueles mencionados nas alíneas do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989.

Essa mudança de critério teve o condão de restringir as hipóteses de decretação da prisão preventiva. Para exemplificar, cabe verificar, por exemplo, que o crime plasmado no art. 218-B do Código Penal, a despeito de ter a pena máxima inferior a 4 (quatro) anos, era passível de prisão preventiva, uma vez que a pena era da espécie de reclusão, o mesmo valendo para o furto simples, do art. 155, caput, do Código Penal. Com a mudança de critério da *espécie da pena* para o da *quantidade da pena*, de regra, em nenhum dos dois casos se admite mais a prisão preventiva.

O legislador da segunda etapa da Reforma Tópica merece elogio quanto à mudança do critério para estabelecer a regra geral quanto à admissibilidade da prisão preventiva. A partir do momento que, conforme o Código Penal, a pena privativa de liberdade fixada na sentença não for superior a 4 (quatro) anos, sempre que possível, deve ser substituída pela restritiva de direitos, isso demonstra o quão precipitada, e até certo ponto ilógica, é a prisão processual, nos casos em que a pena máxima é inferior a 4 (quatro) anos¹²⁰⁷. Isso porque, mesmo que o juiz, na dosagem da pena,

1207 O art. 44 do Código de Penal é imperativo, ao determinar, como requisito objetivo, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, quando não for superior a 4 (quatro) anos. Por isso mesmo, é considerada omissão da sentença criminal condenatória, quando fixa a pena em quantidade que não é superior a 4 (quatro) anos, a ausência de fundamentação quanto substituição, ou não, pela restritiva de direitos.

aplique o máximo previsto na lei, pelo menos em tese, é admissível a substituição¹²⁰⁸. Por outro lado, hoje, no Brasil, segundo dados do Ministério da Justiça, há mais pessoas cumprindo penas e medidas alternativas do que pena privativa de liberdade, a demonstrar que mesmo em vários casos em que a pena máxima em abstrato é alta, quando o juiz fixa a pena em quantidade que não seja superior a 4 (quatro) anos, de regra, ocorre a substituição. Sem mencionar que, se a pena aplicável for igual ou inferior a quatro anos, de regra, o regime de cumprimento é o aberto, daí por que, nesse caso, a prisão preventiva, acaso decretada, pode vir a ser mais rigorosa, até, do que a eventual pena que for fixada (art. 33, § 2º, alínea c). E mais: se cumprido um terço, também de regra, o agente já terá o direito ao livramento condicional, devendo ser levado em conta que o sistema brasileiro, seguindo a tendência mundial, tem evitado, tanto quanto possível, o encarceramento por curto espaço de tempo, pois, nesse caso, os efeitos da prisão são mais negativos do que naturalmente já são¹²⁰⁹.

Ademais de ser crime para o qual a pena prevista seja superior a 4 (quatro) anos, ainda há de se observar a natureza do crime, pois a medida, assim como era antes, só é possível quando se trate de crime doloso.

Como expendido supra, conquanto correto eleger a natureza dolosa da infração como condição para a prisão preventiva, não foi adequado o deslocamento dessa exigência do caput do art. 313 do CPP, tal qual era antes da Reforma Tópica, para o inciso I do mesmo dispositivo, como ficou, em razão da Lei nº 12.403, de 2011. O certo era ter permanecido a exigência de ser o crime doloso no próprio caput do art. 313 do CPP, pois, nesse caso, não haveria dúvidas de que esse comando normativo seria pertinente para quaisquer das situações tratadas nos incisos. Como será exposto no item 6.2.5.1.4, infra, a intenção do legislador, certamente, foi deixar claro que, na exceção à regra geral que consta do parágrafo único do art. 313, não se faz necessário, para fins de admissibilidade da prisão preventiva, que o crime seja doloso.

De toda sorte, não se pense que não há sentido em fazer-se a ressalva, como condição para a prisão preventiva, de que se trate de ilícito para o qual preceituada pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, e, de toda maneira, não seja de modalidade culposa. É verdade que, conforme o art. 121, § 4º, do Código Penal, mesmo no caso de homicídio culposo considerado mais grave, a pena máxima abstrata, adicionada a causa de aumento, não é superior a 4 (quatro) anos). Todavia, cabe notar que no homicídio culposo ocorrido na direção de veículo automotor, quando presente uma das hipóteses dos incisos do parágrafo único do art. 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito), a pena prevista é superior a 4 (quatro) anos.

Portanto, não basta que a pena prevista seja superior a 4 (quatro) anos. Deve-se observar, ainda, se o crime imputado é, ou não, doloso. Essa observação é sobremaneira importante, especialmente para os casos de acidente de automóvel. Se o crime é culposo, tendo havido, ou não, a detenção/prisão em flagrante, não deve ser convertida ou decretada a prisão preventiva, nada obstante, consoante o tipo penal específico, a pena, em abstrato, seja superior a 4 (quatro) anos.

¹²⁰⁸ É muito difícil o juiz, na dosimetria da pena, aplicar o máximo previsto em abstrato na norma penal. Como se sabe, a dosimetria da pena obedece a três fases (circunstâncias judiciais = pena base + circunstâncias judiciais + causas de diminuição e/ou de aumento = pena concreta), sendo muito difícil que, nessa operação, o juiz chegue a fixar a pena máxima. Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que, na hipótese de o juiz, em relação a um crime cuja pena não pode passar de 4 (quatro) anos, chegue, com a dosimetria, ao seu máximo, ou perto dele, não haverá como fazer a substituição, especialmente porque as condições subjetivas do inciso III do art. 44 do CP são, praticamente, as mesmas estampadas no art. 59 do mesmo Diploma Normativo, que cuidam das circunstâncias judiciais. Ora, se as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis ao acusado, inexoravelmente, ele não terá as condições subjetivas para a substituição da privativa de liberdade em restritiva de direitos.

¹²⁰⁹ Os mais diversos estudos apontam que a prisão é um contrassenso, pois não se pode ter a vã esperança em ressocializar uma pessoa, retirando-a do convívio em sociedade para inseri-la em um ambiente povoado por pessoas que possuem as mais diversas espécies e graus de delinquência. Na prisão, ao lado das regras do sistema estatal, há outras, criadas pelos próprios presos, as quais, decididamente, não servem para a boa formação de quem quer que seja. Por isso mesmo, é mais comum a pessoa sair com grau de delinquência bem superior àquele com o qual ingressou no sistema carcerário, cujo retrato fiel é o alto índice de reincidência, seguramente superior a 70%. Embora não aja estudo mais confiável a respeito da taxa de reincidência, basta verificar o noticiário sobre prisões, para observar que, geralmente, são pessoas com passagem anterior em prisões.

De certo essa circunstância tem feito com que, na maioria dos casos, a autoridade policial considere que o elemento subjetivo da conduta é o dolo eventual, e não a culpa, exatamente para tentar, com essa linha de condução do caso, justificar a prisão do agente. Nessas situações, merece especial atenção a distinção entre *dolo eventual* e *culpa em sentido estrito*, a fim de verificar se é admissível, ou não, a prisão preventiva. Não se mostra suficiente, por óbvio, a circunstância de a autoridade policial estar tratando do caso como se fosse um crime doloso, de modo que cabe ao juiz, antes de qualquer coisa, na qualidade de questão prévia, examinar, de forma acurada, o elemento subjetivo da conduta em apuração.

Para os fins do art. 313, I, do CPP, as qualificadoras devem ser levadas em consideração, pois representa um subtipo da espécie. O mesmo se diga quanto ao crime continuado, que, para todos os efeitos, é uma ficção jurídica de que as várias ações ilícitas caracterizam, apenas, um crime, com a pena aumentada, em todo caso, no máximo, de dois terços. No caso de crime na forma tentada, deve-se diminuir de um terço, que equivale à pena máxima.

6.2.5.1.2. Condenação em outro crime doloso

A despeito da ideia central de reservar a prisão preventiva para os crimes mais graves, assim considerados conforme a quantidade da pena máxima prevista, o legislador manteve a intenção normativa de contemplar, de forma comedida, exceções ao critério objetivo eleito.

Assim como já era antes da segunda etapa da Reforma Tópica, dentre as exceções à regra geral estampada no inciso I do art. 313 do CPP, foi estabelecida a *anterior condenação*, com decisão transitada em julgado, pela prática de crime doloso, desde que não tenha havido, ainda, a reabilitação (art. 64, caput, I, do Código Penal), como justifica para que, sem prejuízo da demonstração da necessidade da imposição de medida cautelar pessoal, seja decretada a prisão preventiva, ainda que a pena prevista para o crime seja inferior a 4 (quatro) anos.

A norma exalada do estudo do art. 313, caput e incisos I e II, do Código de Processo Penal é clara e suficiente, ao esclarecer que será admitida a prisão preventiva, independentemente da quantidade da pena, se o agente "... tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal." (art. 313, II, do CPP).

Observe-se, igualmente, a expressão *tiver sido condenado por outro crime doloso*, que consta da primeira parte do inciso II do art. 313 do CPP. Como o legislador fala em *outro crime doloso*, isso implica em reconhecer que ambos, tanto aquele em relação ao qual o agente foi condenado, quanto ao que está em exame para fins de decretação da medida cautelar, precisam ser de natureza dolosa. Se um dos dois crimes, o anterior ou o posterior, for culposos, não resta caracterizada a hipótese do inciso em foco. Essa observação só se faz necessária porque, como já foi salientado, o legislador, inadvertidamente, não manteve no caput do art. 313 a observação de que, em qualquer situação, seja referente à regra geral ou a uma das exceções, de todo modo, independentemente da quantidade da pena, é indispensável, para a decretação da prisão preventiva, que o crime seja doloso.

Por outro lado, essa abertura serve para autorizar a decretação da prisão preventiva em casos nos quais, malgrado em princípio não fosse admissível, pela circunstância de o acusado ter sido condenado em outro crime doloso, a exceção se justifica. O que não se pode perder de vista é que os incisos do art. 313 contemplam hipóteses de crimes nos quais é admissível a prisão preventiva. Não se trata, por conseguinte, de *fundamento* para esse tipo de medida cautelar. Dessa forma, a circunstância em si de o acusado ter sido condenado em outro crime doloso não é suficiente para justificar a prisão preventiva.

Essa circunstância é hábil, apenas, para excepcionar a regra geral, a fim de admitir, quando houver fundamento com base na necessidade para a aplicação da lei penal, para a instrução da investigação ou do processo ou para evitar a prática de crimes, que o juiz decrete a prisão preventiva, ainda que a pena prevista para o ilícito em apuração não seja superior a 4 (quatro) anos.

Um último detalhe precisa ser abordado. Note-se que o legislador não elegeu como condição que o acusado ostente a situação técnica de *reincidente*. Isso porque, como se sabe, a reincidência só resta caracterizada quando o agente, após ter sido condenado em sentença transitada em julgado, volta a praticar outro crime. Portanto, para a ocorrência da reincidência, a data da prática do segundo crime há de ser posterior ao trânsito em julgado. Porém, nos termos do inciso II do art. 313, a circunstância eleita como exceção à regra geral de que o crime seja punido com pena superior a 4 (quatro) anos é a condenação transitada em julgada *por outro crime doloso*.

O trânsito em julgado da condenação referente ao primeiro crime, naturalmente, pode ocorrer, e em muitos casos ocorre, quando o segundo crime já foi praticado e está, ainda, em apuração, na fase investigatória ou do processo. Esse aspecto é desimportante, porque, repita-se, não se escolheu a reincidência como parâmetro, mas, apenas, a condenação em outro crime, com trânsito em julgado.

Aliás, a data da prática do crime em apuração pode, até mesmo, ter sido anterior à referente ao ilícito pelo qual o agente foi condenado. Imagine-se a situação em que o agente tenha praticado dois crimes: ambos de furto simples, sem caracterizar concurso material, formal ou crime continuado. A despeito da coexistência dos dois crimes, e presentes os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, como a pena máxima para cada um deles não é superior a 4 (quatro) anos, o juiz não tem como aplicar a medida cautelar detentiva. Todavia, digamos que o segundo crime, pelos mais diversos fatores, venha a ser julgado antes, com o posterior trânsito em julgado, enquanto o primeiro está, ainda, sendo apreciado. Nesse caso, para todos os efeitos, resta satisfeita a exigência estampada no art. 313, inciso II, do Código de Processo Penal, a permitir, desde que presentes os requisitos e fundamentos e não seja adequada ou suficiente a aplicação de medida diversa, a decretação da prisão preventiva em relação ao primeiro crime de furto que está, ainda, pendente de decisão final.

Como se nota, essa exceção à regra é muito importante. Sem a exceção do inciso II do art. 313 do CPP, uma pessoa dada à prática de crimes como o de furto, poderia responder a vários processos e, mesmo condenado com decisão transitada em julgado em relação a um deles, não poderia ter decretada a sua prisão preventiva. Isso levaria ao descrédito e, por outro lado, viabilizaria situação indesejada.

Portanto, a flexibilização da regra geral do inciso I do art. 313 do CPP pertinente à quantidade da pena, a fim de possibilitar, de alguma forma, a decretação de prisão preventiva em todo e qualquer crime, independentemente da sanção prevista, quando o agente for condenado por outro crime, em sentença transitada em julgado, é medida que se impõe.

6.2.5.1.3. Crime envolvendo violência doméstica e familiar

Diante da regra geral de que a prisão preventiva só era cabível em se tratando de crime punido com reclusão, em vários casos de violência doméstica contra a mulher, notadamente nos casos de lesão corporal de natureza leve, cuja pena prevista é de detenção (art. 129, caput), diante da impossibilidade da decretação de prisão preventiva, muitas vezes o crime ficava impune e, ademais, não raro, pela circunstância de o fato chegar ao conhecimento da autoridade policial, com a consequente instauração da investigação, o agente, solto, findava voltando a praticar agressões, muitas vezes mais graves e, até mesmo, tendo como resultado a morte.

Para obviar esse problema, a Lei nº 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha), a par de estabelecer uma série de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, incluiu o inciso IV no art. 313 do CPP, a fim de estabelecer mais uma exceção à regra geral de admissibilidade da prisão preventiva apenas para os crimes com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, qual seja, se o crime, independentemente da pena prevista, envolvesse "... violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência".

A Lei nº 12.403, de 2011, manteve a exceção em relação à violência doméstica e familiar

praticada contra a mulher, retirou a referência a *nos termos da lei específica* e ampliou-a para os casos em que a agressão é feita contra *criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência*. Com a nova disciplina, essa exceção ampliada ficou plasmada no inciso III do art. 313, com o seguinte enunciado: “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgências.”

De acordo com definição normativa, considera-se criança a pessoa de até 12 anos incompletos, adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos (art. 2º da Lei nº 8.069, de 1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente), enquanto idosa é quem possui idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (art. 1º da Lei nº 10.741, de 2003 — Estatuto do Idoso). Não há, entretanto, propriamente, a definição jurídica do que seja *enfermo ou pessoa com deficiência*. Aqui, cabe como referência o conceito de pessoa vulnerável, passível de crime de estupro, preceituado no art. 217-A, § 1º, do Código Penal, acrescido pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que é aquela que, “... por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.”

A Lei nº 11.340, de 2006, por sua vez, no art. 5º, define, para os fins legais, *violência doméstica e familiar contra a mulher* como

... qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I — no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II — no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III — em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Em interpretação adequada da norma em destaque, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não é necessária a coabitação para o enquadramento da situação em uma das hipóteses do art. 5º da Lei nº 11.340, de 2006, sendo bastante a constatação da existência de relação íntima na época dos fatos ou no passado¹²¹⁰, e abrange, até mesmo, os casos envolvendo ex-cônjuges ou ex-namorados¹²¹¹.

Acontece que não há definição jurídica do que seja *violência doméstica e familiar contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência*. Mostra-se adequada, porém, a aplicação subsidiária do que dispõe a respeito a Lei nº 11.340, de 2006. Essa consideração é importante, pois implica em definir que, também nessa hipótese do inciso III, o crime em que se admite a prisão preventiva independentemente da quantidade da pena é apenas em relação ao de natureza dolosa. Isso porque a expressão *baseada na condição de gênero*, que consta do caput do art. 5º da Lei nº 11.340, de 2006, está a indicar que a conduta precisa ser dolosa. Assim, a conclusão que se impõe é que, do mesmo modo, o crime envolvendo violência doméstica e familiar contra *criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência*, que, independentemente da quantidade da pena, torna admissível a prisão preventiva, é apenas aquele que seja praticado de modo intencional.

Obviamente que a caracterização de crime envolvendo violência doméstica e familiar só se revela, para fins de decretação da prisão preventiva, importante, quando a pena máxima prevista para o crime praticado não for superior a 4 (quatro) anos.

¹²¹⁰ Em verdade, a “... Lei 11.340/2006 buscou proteger não só a vítima que coabita com o agressor, mas também aquela que, no passado, já tenha convivido no mesmo domicílio, contanto que haja nexos entre a agressão e a relação íntima de afeto que já existiu entre os dois.” (STJ, CC 102.832/MG, Rel. Min. Napoleão Maia Filho, Terceira Seção, data da decisão 25.3.2009, DJe de 22.4.2009).

¹²¹¹ Até porque, “... o namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica”. (STJ, CC 102.832/MG, Rel. Min. Jane Silva (Desembargador Convocada do TJ/MG), Terceira Seção, data da decisão 5.12.2008, DJe de 19.12.2008).

Por fim, cabe considerar que a exceção contida no inciso III do art. 313, em sua parte final, diz que a prisão preventiva, nesse caso, é admitida “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. A indagação que se impõe é sobre quais *medidas protetivas de urgência* a lei está se referindo. Na redação anterior não havia dúvidas de que a norma contida no então inciso IV do art. 313 do CPP se referia à Lei nº 11.340, de 2006, pois lá estava dito “... nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgências.” A lei específica, claro, não podia ser o CPP, mas, sim, a Lei nº 11.340, de 2006, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Mas a atual redação do dispositivo, que consta do inciso III do art. 313 do CPP fala, apenas, que, nessa hipótese, a prisão preventiva deve ser aplicada quando ela for necessária *para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*, sem fazer qualquer menção a eventual lei específica. E assim procedeu o legislador porque, em verdade, a prisão preventiva, nesse caso, é admitida quando se revelar necessária para que qualquer medida cautelar diversa seja cumprida, não apenas as estabelecidas na Lei nº 11.340, de 2006, mas, também, as que foram introduzidas no próprio Código de Processo Penal, pela Lei nº 12.403, de 2011 ou, então, sejam estipuladas em outras leis.

De toda maneira, as medidas cautelares diversas da prisão com características protetivas disciplinadas no Código de Processo Penal são apenas as dos incisos II, III e IX do art. 319, as quais, salvo a monitoração eletrônica, estão contempladas nos incisos II, III e IV do art. 22 da Lei nº 11.340, de 2006¹²¹². Contudo, não haveria nenhum sentido decretar a prisão preventiva, a fim de que a medida protetiva pretendida com a monitoração eletrônica fosse cumprida.

Por fim, resta considerar que não basta o crime envolver violência doméstica e familiar. Para todos os efeitos, o legislador restringiu a hipótese, de modo a só admitir a prisão preventiva, nessa excepcionalidade, quando for necessário para que seja garantida a execução de medida protetiva. Isso não implica dizer que, primeiro, tem de ser imposta a medida cautelar diversa de natureza protetiva para, só depois, se não cumprida, ser decretada a prisão preventiva. Em alguns casos, é possível ter elementos suficientes para identificar situação em que a prisão é a única medida viável para garantir que o agente não volte a praticar agressão caracterizada como violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, enfermo ou pessoa com deficiência.

A situação deve ser bem analisada pelo juiz, no caso concreto. O que não seria razoável era exigir, como condição prévia, que o juiz, primeiro, experimentasse uma medida cautelar diversa, pois isso poderia, obviamente, ser determinante para que a pessoa ofendida voltasse a ser agredida, e, até mesmo, resultar em morte¹²¹³.

6.2.5.1.4. Dúvida sobre a identidade civil

Na redação anterior, a dúvida sobre a identidade civil do agente também era uma das

¹²¹² As medidas protetivas da Lei nº 11.340, de 2006, estão no art. 22, cuja redação é a seguinte: “Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I — suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm; II — afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III — proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV — restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V — prestação de alimentos provisionais ou provisórios.” O art. 130, caput, da Lei 8.069, de 1990, prevê, na qualidade de medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, quando verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável a criança ou adolescente.

¹²¹³ A preocupação com a proteção em casos de violência doméstica tem sido de tal magnitude que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4424 declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Maria da Penha que condicionava, à representação da ofendida, a ação penal nos crimes praticados contra a mulher. Agora teria ampliado a efetividade da medida cautelar, ao dispensar a representação da vítima?

exceções à regra geral segundo a qual a prisão preventiva só era admissível em se tratando de crime cuja pena fosse de reclusão. A disciplina estava no inciso II do art. 313 do CPP, nos seguintes termos: “punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la”.

Por força da Lei nº 12.403, de 2011, essa exceção foi transferida para um parágrafo único, sendo retirada a menção à circunstância de o crime ser punido com pena de detenção, suprimida a hipótese de o agente ser *vadio* e acrescentada a observação de que deve ser providenciada a liberdade, *imediatamente após a identificação*, a não ser que haja outro motivo para que permaneça preso. Assim, a norma agora diz: “Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.” (art. 313, parágrafo único, do CPP).

Parece acertada a iniciativa do legislador da segunda etapa da Reforma Tópica em deslocar a hipótese para um parágrafo único. Isso porque, para todos os efeitos, a decretação da prisão preventiva, quando há dúvida sobre a identidade civil, se faz com base na necessidade de manutenção da ordem pública e/ou conveniência para a instrução da investigação ou do processo. É como se a lei, em verdade, estabelecesse uma presunção legal, *juris et de jure*, de que, nessas circunstâncias, mostra-se adequado determinar-se a prisão preventiva, independentemente da quantidade da pena prevista para o crime praticado, pois, não se sabendo ao certo quem é o agente, pode ser que ele esteja sendo procurado pela prática de outro crime mais grave, sem embargo de essa falta de certeza em relação à identidade do agente, certamente, prejudicar a investigação ou o processo judicial, na medida em que haverá dificuldade de encontrá-lo para a identificação dos atos praticados e dos atos processuais aos quais deva comparecer.

Some-se a essa presunção a peculiaridade das dimensões continentais do País, que comprometem, de forma acentuada, a interlocução entre os mais diversos órgãos, estaduais e federais, do Executivo e do Judiciário, que atuam na área de segurança pública ou criminal, a justificar, ainda mais, a exceção que já é da tradição de nosso sistema, posto que está prevista desde a redação originária do Código de Processo Penal em vigor.

A supressão da *vadiagem* como motivo para a decretação da prisão em flagrante também revela outro acerto do legislador. Notadamente após a Constituição de 1988, tomou fôlego a crítica quanto à previsão da decretação de prisão preventiva, independentemente da quantidade da pena, quando apurado que o agente era vadio, até mesmo pela dificuldade de sua definição. Em verdade, a norma, em reflexo da ideologia dos anos 1930 e 1940, demonstrava indistigável preconceito em relação aos pobres, com nítida malfeição à cláusula universal do tratamento isonômico. *Vadio* não era quem não fazia nada, mas quem, sendo pobre, não tinha nenhuma ocupação ou era desempregado. O rico que vivia no ócio era qualificado como *bon vivant*, pessoa que sabe viver ou aproveitar a riqueza que possui. Naturalmente, norma com esse tipo de preconceito não se confortava com um código que precisa estar alinhado ao perfil democrático, com esteio na pauta de valores dimanadas dos direitos fundamentais.

O tratamento dessa matéria em um parágrafo único também se revela adequada, na medida em que está a ressaltar que, nesse caso de dúvida quanto à identificação do agente, é possível a decretação da prisão preventiva qualquer que seja a pena máxima, e, até mesmo, em se tratando de crime culposos. Veja-se o caso em que o agente se envolve em acidente de trânsito, em clara situação de crime culposos, no entanto, não se sabe, efetivamente, quem é a referida pessoa. Pode ser que contra o agente haja um mandado de prisão, o que não pode ser conferido, pois não se sabe, propriamente, quem ele é¹²¹⁴.

Essa é uma mudança substancial que se verificou com a Lei nº 12.403, de 2011. Na disciplina anterior, como a exigência sobre ser o crime doloso constava do caput do art. 313 e a exceção quanto à admissão da prisão preventiva, independentemente do tipo da pena, no caso de

¹²¹⁴ Sem se saber a identificação correta do agente, não há, sequer, como ser feita a checagem adequada no Banco Nacional de Mandados de Prisão — BNMP, do art. 289-A, do Código de Processo Penal. Cf. item 6.2.9.3, infra.

dúvida sobre a identidade do agente, estava no inciso II do referido dispositivo, mesmo nessa hipótese, não cabia a medida, se o crime fosse culposos.

Agora, resta evidenciado que, estando a matéria disciplinada no parágrafo único do art. 313 e, ainda, não havendo, no caput, nenhuma referência a crime doloso, no caso de dúvida sobre a identificação do agente, a prisão preventiva é admissível, inclusive, quando se tratar de crime de natureza culposa.

6.2.5.1.5. Crime praticado por parlamentar no exercício do cargo

Faz parte da nossa tradição constitucional assegurar as imunidades material e formal (ou processual) dos parlamentares, como instrumentos garantidores da independência do Poder Legislativo. São prerrogativas outorgadas aos Deputados e Senadores, a fim de que possam desempenhar com independência as suas funções. Contudo, o caráter ditatorial da Constituição de 1937 suprimiu essas prerrogativas.

As imunidades formal e material dos parlamentares retornaram com a Constituição de 1946. Ademais de assegurar que o parlamentar era *inviolável* – ou seja, não podiam ser responsabilizados criminalmente¹²¹⁵ – por suas *opiniões, palavras e votos*, isto é, a *imunidade material* –, foi assegurada, igualmente, assim como assegurava a Carta de 1934, a *imunidade formal* em relação ao processo e à prisão.

Quanto à imunidade formal ou processual, a Constituição de 1946, retomando a ideia da Carta de 1934, deixou plasmado que “Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, *salvo em flagrante de crime inafiançável*, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.” (art. 45). Veja-se que a interpretação literal poderia conduzir o intérprete a pensar que a única prisão possível do parlamentar seria aquela decorrente do flagrante delito.

Mas essa não era a inteligência do dispositivo. De fato, o que o preceito em foco assegurava era que o processo só poderia ser iniciado ou a prisão processual efetivada, caso houvesse a prévia licença da casa legislativa. Consistia, portanto, em um *controle prévio* do parlamento. Mas, no caso de flagrante, naturalmente, esse controle do Legislativo *seria posterior, e não prévio*.

No ponto, a redação quanto à imunidade formal na Constituição de 1934 era mais clara, pois lá estava suficientemente esclarecido que “Os Deputados, desde que tiverem recebido diploma até à expedição dos diplomas para a Legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta imunidade é extensiva ao suplente imediato do Deputado em exercício.” (art. 32).

Vejam que, da forma como escrita a imunidade processual na carta de 1934, restava claro que a exigência de licença prévia se referia tanto ao processo quanto à prisão processual. Mas não com relação ao flagrante, por motivos óbvios. Certamente, o constituinte de 1946 deve ter achado supérfluo fazer a distinção, pois, fora o flagrante delito, a prisão processual, naturalmente, se faz

¹²¹⁵ Não há consenso da doutrina quanto à natureza jurídica da imunidade material. Em síntese sobre a posição da doutrina, Alexandre de Moraes pontua que “Pontes de Miranda Comentários à Constituição de 1967), Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal), e José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo) entendem-na como uma causa excludente de crime, Basileu Garcia (Instituições de Direito Penal), como causa que se opõe à formação do crime; Damásio de Jesus (Questões Criminais), causa funcional de exclusão ou isenção de pena; Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal) considera-a causa pessoal de exclusão de pena; Magalhães Noronha (Direito Penal) causa de irresponsabilidade; José Frederico Marques Tratado de Direito Penal), causa de incapacidade penal por razões políticas. Nos filiamos à primeira corrente, entendendo que se trata de cláusula de exclusão de criminalidade, assim como as que estão plasmadas do art. 23 do Código Penal, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito. Pode-se entender, igualmente, que o parlamentar não pode ser responsabilizado por crimes de opinião ou crimes da palavra porque falar livremente é inerente ao exercício de sua função, pelo que, em verdade, essa imunidade para Deputados e Senadores é uma decorrência lógica.

por meio de um processo, ainda que cautelar e preparatório ao processo principal. Dessa forma, se para o início do mero processo a regra impunha a necessidade de prévia licença, o que não dizer do caso em que o juiz, como medida preparatória ou incidental, fosse decidir sobre a privação do direito de liberdade do parlamentar. Naturalmente que, no caso de prisão preventiva, também haveria a necessidade de anterior autorização da casa legislativa, a fim de que fosse efetivada a determinação dada pelo Judiciário.

Seguindo essa linha, a Constituição de 1967, com pequena alteração redacional – sem modificação, porém, do conteúdo –, preceituou que “Desde a expedição do diploma até a inauguração da Legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.” (art. 34, § 1º). Como se disse acima, a finalidade da prerrogativa era evitar que o parlamentar viesse a ser vítima de arbitrariedade policial ou mesmo judicial. Todavia, tal como escrita, a garantia era tão vasta que embora fossem possíveis a investigação e o respectivo ajuizamento de ação penal contra o parlamentar, apresentava-se como *pressuposto de prosseguibilidade* do processo a licença dos pares do parlamentar. O parlamento, porém, raramente concedia a licença para o prosseguimento do processo. Esse estado de coisas foi equacionado por meio da Emenda Constitucional nº 22, de 29 de julho de 1982, que extinguiu a *prévia licença* como condição para a tramitação do processo contra o parlamentar, estabelecendo apenas a possibilidade de o Legislativo, a qualquer momento, sustar o andamento do processo (art. 32, § 3º, da Constituição de 1967).

Contudo, a Constituição de 1988, na redação primária da imunidade parlamentar formal, cometeu o equívoco de estabelecer a exigência da prévia licença do Legislativo para a aceitação da ação penal, ao redigir a garantia nos seguintes termos: “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.” (art. 53, § 1º). Em linhas gerais, repetiu a dicção normativa da redação originária do art. 34, § 1º, da Constituição de 1967.

Uma leitura apressada poderia conduzir o intérprete a acreditar que em nenhuma hipótese o parlamentar poderia ser preso, salvo no caso de flagrante de crime inafiançável. Em consonância com esse entendimento, a imunidade processual quanto à prisão decretada pelo juiz seria *absoluta*, não havendo a possibilidade de flexibilização, sequer pelo parlamento.

Exame mais atento do preceito, porém, revelava que a imunidade processual consistia apenas em assegurar que o Legislativo tinha o controle em relação ao processo e à prisão. Quanto ao processo e à prisão por ordem judicial, o *controle seria prévio*, ao passo que, quanto ao flagrante, por motivos mais do que evidentes, o controle seria posterior. A única imunidade formal absoluta foi quanto ao flagrante de crime afiançável¹²¹⁶. Nesse caso, a *mens legis* foi de que, afora essa hipótese, a *imunidade processual* era relativa, permitindo-se a flexibilização dessa garantia, desde que feita pelos respectivos pares do parlamentar. Dessa maneira, a casa respectiva detinha a prerrogativa não apenas de permitir o prosseguimento do processo como, igualmente, de autorizar a prisão processual.

Assim, quando o Judiciário, eventualmente, apesar de autorizado a processar o parlamentar, entendesse que era o caso de decretar a prisão preventiva ou temporária, tinha de submeter a decisão ao crivo da casa legislativa à qual vinculado o parlamentar. Não é preciso enfatizar que esse controle prévio do parlamento ocorria tanto quando a decisão determinando a prisão se dava em processo cautelar preparatório, como quando ocorria no processo principal, após o ajuizamento da ação penal.

Por conseguinte, ainda que o parlamentar pudesse ser investigado, caso fosse oferecida a ação penal ou pedida a prisão, a corte de justiça, antes de decidir, teria de solicitar a licença ao parlamento. A extensão dessa imunidade conferida pela redação originária da Constituição de 1988 voltou a ser severamente criticada pela doutrina, pois não se mostrava razoável, ademais de não se afinar com o princípio da igualdade, o que restava evidenciado com cores fortes devido às várias

¹²¹⁶ Conferir item 6.2.4, supra.

situações em que não era concedida a licença pelo Legislativo devido a um sentimento puramente corporativista – mesmo quando o fato ilícito não tinha nenhuma correlação com o exercício da atividade parlamentar.

Ademais, se é razoável e necessário que se tenha preocupação de submeter ao controle do parlamento as delicadas situações em que uma autoridade policial prende um deputado ou senador sem ordem judicial, não parece aceitável que o Legislativo *controle o judiciário* na sua missão de julgar. Se o judiciário não podia sequer admitir uma ação criminal contra um deputado ou senador sem a prévia licença da respectiva casa legislativa, muito menos poderia decretar a prisão preventiva sem que houvesse essa autorização expressa. Repita-se: não se vedava a prisão preventiva, apenas essa medida exigia anterior autorização do Legislativo.

Nem se diga que essa prerrogativa ao parlamento é pertinente, ao argumento de que assim ocorre em relação ao Presidente da República. A comparação não procede. A presidência é um órgão singular. A mera existência de um processo criminal contra um Presidente da República ou, ainda mais, a sua prisão, tem o condão de desestabilizar qualquer país, por mais fortes que sejam as instituições. É pertinente que em relação a quem exerce as funções da presidência da República sejam tomadas soluções levando em consideração as peculiaridades do cargo.

Por outro lado, há de se ter em consideração que, quanto ao Presidente da República, a prévia licença para o mero processo está nas mãos e sob a responsabilidade de outro poder – o Legislativo. Ao contrário do que ocorre na hipótese de parlamentar, em relação ao Presidente da República, não é o próprio Executivo quem detém a prerrogativa de autorizar, ou não, o processo. Aliás, nessa hipótese, diante do que representa a existência de um processo ou a prisão do chefe do executivo em um regime presidencialista, aquele que está na titularidade desse cargo só pode ser submetido a julgamento pelo Judiciário se e quando for admitida a acusação por dois terços da Câmara dos Deputados (caput do art. 86 da Constituição), com o acréscimo de que, “Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão” (§ 3º do art. 86 da Constituição), e o esclarecimento de que ele “... não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.” (§ 4º do art. 86 da Constituição). Nenhuma dessas garantias específicas, conquanto pertinentes em relação ao Presidente da República, se justificam para os parlamentares.

Todavia, reconhecendo o equívoco cometido quanto à extensão da imunidade processual conferida aos parlamentares, o constituinte derivado resolveu reparar o erro, pelo que, por meio da Emenda Constitucional nº 35, de 2001, reescreveu a referida garantia, no sentido de deixar esculpido que “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.” (art. 53, § 2º, da Constituição, com a redação determinada pela EC nº 35, de 2001).

Esse bosquejo histórico é importante, a fim de que se entenda o efetivo alcance da primeira frase do art. 53, § 2º, da Constituição, com a redação emprestada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001. Isso porque a exclusão da expressão *nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa*, dá a entender que a prerrogativa da imunidade processual, ao invés de ter sido diminuída, como era a intenção, em certo sentido, teria sido aumentada, pois, agora, o parlamentar não poderia mais ser preso por ordem judicial, sendo admitida apenas a prisão em flagrante de crime inafiançável. Com essa inteligência emprestada ao dispositivo em foco, seria *absoluta* a imunidade formal quanto à *prisão por ordem judicial* e o *flagrante em crime afiançável*. Ainda em compasso com essa leitura, quanto ao *flagrante em crime inafiançável*, a imunidade formal seria *relativa*, pois diz respeito apenas ao controle posterior sobre a detenção/prisão, podendo ser considerada correta a diligência policial.

Qual o problema desse entendimento? Vários. Primeiro, conforme aqui defendido, não existe mais a *prisão em flagrante*. O que se chama impropriamente de *prisão em flagrante* é, para todos os efeitos, mera *detenção em flagrante*, conforme explicado no item 6.2.4, supra. Ninguém fica na prisão apenas pela circunstância de ter sido pego em flagrante. Desse modo, ocorrido o flagrante, só vai ser determinada a prisão da pessoa se o juiz, em decisão fundamentada, proferida

na audiência de apresentação (custódia), entendendo que não se mostra suficiente a aplicação de uma ou mais medidas diversas da prisão, transformar o flagrante em prisão temporária ou preventiva, assim como demonstrado no item 6.2.4.15.3, *supra*. Conforme ali realçado, tecnicamente, a hipótese é mais de *decretação* da prisão do que de *conversão* do flagrante em medida cautelar. O flagrante não é *prisão* ou medida cautelar, mas apenas ato administrativo praticado pela autoridade policial sujeito ao controle posterior do Judiciário e, no caso de Deputado ou Senador, do Legislativo.

Por conseguinte, não é correto compreender a primeira frase do § 2º do art. 53 da Constituição no sentido de que a única hipótese possível de prisão do parlamentar é quando ele é detido em flagrante delíto. Primeiro porque, repita-se, flagrante não é, tecnicamente, prisão. Segundo porque o flagrante em si não é determinante para que alguém fique preso. Pouco importa o tipo ou a gravidade do crime; para que alguém seja preso é preciso decisão fundamentada do juiz (art. 310, caput, do CPP), decretando a custódia cautelar, na modalidade de prisão temporária ou preventiva. Portanto, caso a interpretação que exala do art. 53, § 2º, da Constituição, fosse de que ele só poderá ser *preso em flagrante*, será o mesmo que dizer que o parlamentar, enquanto detentor do mandato, só poderia ser preso se fosse em razão do cumprimento de sentença condenatória trânsita em julgado. A incoercibilidade do parlamentar, em relação à prisão cautelar, seria absoluta (*freedom from arrest*).

Obviamente que assim não pode ser. Haverá casos e casos em que a prisão preventiva do parlamentar será indispensável, diante de sua necessidade para assegurar a investigação policial ou instrução processual, a aplicação da lei ou evitar a reiteração da prática de crimes. Isso se mostrou patente na chamada *Operação Lava Jato*. Ademais, se o Judiciário não necessita mais de licença para o processo, a consequência é que essa jurisdição é exercida em toda a sua extensão, de modo que, caso haja necessidade da decretação de medida cautelar de ordem pessoal, seja ela detentiva ou diversa da prisão, além de poder proferir a decisão, não precisa de nenhuma prévia autorização do Legislativo. Observe-se que o parlamentar já goza do foro por prerrogativa de função – também chamado foro privilegiado –, de modo que, em se tratando de Deputado ou Senador, a competência é do Supremo Tribunal Federal, enquanto se Deputado Estadual, do Tribunal Regional Federal, Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Eleitoral, conforme seja.

Mesmo com o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a competência por prerrogativa de função é restrita aos crimes praticados em razão do mandato, não se há de negar que se trata de mais uma garantia conferida ao parlamentar. Por outro lado, não é razoável subordinar a amplitude da jurisdição, notadamente, do Supremo Tribunal Federal, ao crivo do parlamento. Por conseguinte, com a alteração promovida no § 2º do art. 53 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001, ademais de não necessitar de prévia autorização dos pares do Deputado ou do Senador para receber a ação penal e dar andamento ao processo, o Supremo Tribunal Federal pode, sem qualquer limitação, tomar as decisões que entender pertinentes, dentre elas, a decretação da prisão temporária ou preventiva, caso verifique não ser suficiente e adequada a aplicação de uma ou mais medidas diversas da custódia cautelar.

Com suporte nessas considerações, ao ter sob apreciação o pedido de prisão do então Senador Delcídio do Amaral, o pranteado Ministro Teori Zavascki¹²¹⁷ pontuou que a posição inicial do Supremo Tribunal Federal, expressada no Inquérito 510/DF, em voto da lavra do Ministro Celso de Mello, foi no sentido de que os congressistas “só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável”.

Entretanto, o Ministro Teori Zavascki¹²¹⁸ lembrou que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com outras situações, concluiu que a interpretação da norma constitucional não podia ser com esse alcance, fazendo menção a voto da Ministra Cármen Lúcia, exarado no HC 89417, julgado em 22 de agosto de 2006, na parte em que Sua Excelência asseverou:

¹²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/CMS/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039.pdf. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹²¹⁸ *Ibid.*

[...] Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional, e por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente.

Salientou ainda o Ministro Teori Zavascki¹²¹⁹ que, no caso, a situação era mais delicada ainda, pois a prisão cautelar pleiteada seria para sustar comportamento ilícito que estava atentando contra o exercício da própria jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Por isso mesmo, ele arrematou que “... presentes situação de flagrância e os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal...” era cabível a decretação da *prisão cautelar do Senador Delcídio Amaral*, determinando ainda que, executada a ordem judicial, os autos fossem remetidos ao Senado Federal “... para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão, como prevê o art. 53 § 2º, da Constituição da República.”

Como se vê, o Ministro Teori Zavascki procurou conciliar a segunda frase do § 2º do art. 53 da Constituição com a hipótese de prisão preventiva, o que não parece ser o mais adequado. Que a diligência policial consistente na privação do direito de liberdade de um parlamentar seja necessariamente submetida ao crivo do parlamento, não há o que criticar. Isso não apenas é razoável como é mesmo desejável, para não dizer necessário. Mas o controle pelo Legislativo do mérito da decisão judicial que decreta a prisão processual não é obrigatório, não sendo pertinente o Judiciário determinar o encaminhamento dos autos ao referido poder para esse fim.

Mesmo na versão originária da imunidade processual, que estava prevista no § 1º do art. 53 da Constituição, chegava-se a tanto. Ali, ajuizada a ação penal ou pedida a prisão, o Judiciário tinha de solicitar a autorização do parlamento. Mas, conferida a licença para o processamento ou a prisão, o Judiciário poderia, é claro, decidir livremente, sem a necessidade de submeter a decisão ao crivo da casa legislativa.

Trilhando essa tese, no julgamento da Ação Cautelar nº 432, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, em consonância com o entendimento quanto à possibilidade da decretação da prisão processual de parlamentar, decidiu que, nada obstante o cargo, era cabível a aplicação ao Senador Aécio Neves de medidas diversas da prisão, consistentes na suspensão das funções parlamentares, no recolhimento domiciliar, na proibição de contatar outros investigados e de se ausentar do país, mediante a entrega do passaporte.

Diante da aplicação subsidiária do § 3º do art. 53 da Constituição, que assegura ao Legislativo a prerrogativa, de sustar, por iniciativa de qualquer partido político, o andamento do processo, o que se mostra pertinente é a *ciência* à respectiva casa parlamentar da decisão da decretação da prisão – e por analogia qualquer medida cautelar diversa da prisão que implique no afastamento do exercício da função de membro do Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, a despeito do entendimento sufragado nos julgamentos do Inquérito 510/DF e do HC 8917, e mesmo da posição aqui sustentada, tem caminhado em sentido diferente.

Antes de a Ação Cautelar nº 432 ser submetida ao crivo do Plenário, ao ter em julgamento a ADI 5526/DF¹²²⁰, em decisão apertada, finalizada pelo placar de 6 votos a 5, a Suprema Corte decidiu que, seja em razão de prisão ou de medida diversa da prisão, deputados e senadores não podem ser afastados do mandato, sem o aval da respectiva Casa Legislativa. Em verdade, em seu

¹²¹⁹ Ibid.

¹²²⁰ Conjur. Disponível em www.conjur.com.br/dl/publicado-acordao-stf-medidas.pdf. Acesso em: 26 set. 2018.

voto, o relator para o acórdão, o Ministro Alexandre de Moraes¹²²¹, escreveu, na ementa, que “A imunidade formal prevista constitucionalmente somente permite a prisão de parlamentares em flagrante delito por crime inafiançável...”, e, malgrado tenha admitido a possibilidade de que sejam aplicadas aos parlamentares as medidas cautelares insertas no art. 319 do Código de Processo Penal, salientou que

Os autos da prisão em flagrante delito por crime inafiançável ou a decisão judicial de imposição de medidas cautelares que impossibilitem, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar e de suas funções legislativas, serão remetidos dentro de vinte e quatro horas a Casa respectiva, nos termos do §2º do artigo 53 da Constituição Federal, para que, pelo voto nominal e aberto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão ou a medida cautelar.

Como se vê, além de não permitir a prisão preventiva de deputado ou senador, o Supremo Tribunal Federal realçou que, em caso de decretação de medida cautelar diversa da prisão que, direta ou indiretamente, interferir no exercício das funções parlamentares, a decisão judicial deve ser submetida ao crivo da Casa respectiva, nos termos do § 2º do art. 53 da Constituição, e não do que preceitua o § 3º do mesmo dispositivo.

Com todo o respeito, não concordamos com esse entendimento, pois, em compasso com o esposado, no nosso sentir, a interpretação dos dispositivos leva à conclusão de que a imunidade parlamentar formal não é empecilho à decretação de qualquer medida cautelar criminal, seja ela detentiva ou não, sendo necessário, apenas, a observância do disposto no § 3º do art. 53 da Constituição, de modo que, embora o parlamento possa sustar a medida, isso não impede a prolação da decisão. Sequer o controle formal é necessário, conforme vimos acima.

Cabe agregar o que já foi salientado no item 6.2.4 supra, sobre a aplicação do art. 53, § 3º, da Constituição, aos Deputados Estaduais. Conquanto a posição inicial do Supremo Tribunal Federal tenha se firmado no sentido de que a Súmula nº 3 (“A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita à Justiça do Estado”) restou superada com a vinda a lume da Constituição de 1988, o assunto voltou a ser agitado por meio das ADIs 5.823, 5.824 e 5.825. A votação, conquanto não encerrada – falta ainda colher os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso –, está 5 a 4, em síntese, no sentido de que o STF, ao julgar a ADI 5.526, não emitiu tese jurídica quanto à extensão das imunidades formais aos deputados estaduais. Outro destaque foi esgrimido pelo Ministro Dias Toffoli, com a utilização do argumento de que o § 2º do art. 53 da Constituição não é aplicável às Assembleias Legislativas, mas apenas às casas que compõem o Congresso Nacional¹²²².

No particular, cabe lembrar o episódio das prisões preventivas dos Deputados Estaduais do Rio de Janeiro Jorge Picciani, Paulo Melo e Edson Albertassi. Logo depois da decisão do Supremo na ADI 5.526, a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro revogou as prisões preventivas dos mencionados Deputados Estaduais, no entanto, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região determinou, novamente, que eles fossem recolhidos à prisão, sob o fundamento de que a Alerj não poderia *revisar* uma decisão judicial, especialmente sem fazer a comunicação ao Judiciário¹²²³. Na ementa do acórdão elaborada pelo Desembargador Federal Abel Gomes¹²²⁴, restou salientado que, no caso de flagrante, que é medida administrativa e pode ser executado por qualquer do povo, o Legislativo *está mais livre para resolver sobre sua legalidade*, o mesmo não ocorrendo quando se trata de decisão judicial, pois aqui a sua atuação se circunscreve *a resolver sobre outras questões dela decorrentes, como a abertura de processo ético-disciplinar e coisa dessa natureza*.

¹²²¹ Idem.

¹²²² Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento. Acesso em: 9 out. 2018.

¹²²³ Consultor Jurídico. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-nov. Acesso em: 9 out. 2018.

¹²²⁴ Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=deputados+estaduais+soltura+deliberada+assembleia+legislativa+mas+tratando->. Acesso em: 21 jan. 2019.

A despeito do que exposto, essa amplitude da imunidade parlamentar em nosso cenário levou à Condenação do Brasil, em 7 de setembro de 2021, perante a Corte Interamericana¹²²⁵, no julgamento do *Caso Márcia Barbosa*, ao argumento de que a *aplicação desproporcional e arbitrária da imunidade parlamentar* impediu a tramitação do processo por quase 5 (cinco) anos, violando as garantias judiciais e o acesso à justiça dos familiares da vítima, tendo sido desconsiderada a gravidade do crime, sem embargo de não haver relação entre a atividade parlamentar e o homicídio praticado.

Com essa condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, espera-se que a tese aqui expendida sobre a possibilidade da decretação da prisão preventiva de parlamentar seja acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo a aplicação proporcional da cláusula constitucional da imunidade parlamentar. Ademais, essa imunidade deve se conter na hipótese de crime que tenha relação direta com o exercício do mandato, não tendo sentido quando se trata de fato estranho, como é o caso, por exemplo, de homicídio motivado por questão de ordem pessoal.

6.2.5.2. Prisão domiciliar (art. 317 do CPP)

A prisão domiciliar propriamente dita já constava de nosso sistema jurídico como forma do cumprimento da pena em regime aberto. A Lei de Execução Penal, que é de 1984, por questão de ordem humanitária, no art. 117, elencou as hipóteses em que o condenado com direito a cumprimento da pena em regime aberto poderia ser transferido de estabelecimento carcerário para a residência particular.

Acontece que o Código de Processo Penal, com a sua característica autoritária e tratamento diferenciado em relação a determinadas classes sociais, embora não tenha tratado da prisão domiciliar como medida cautelar, regulou, no art. 294 e segs., o direito à prisão especial para diversas pessoas, as quais interessavam ao sistema de então conferir regalias¹²²⁶. O pior é que a Lei nº 5.256, de 6 de novembro de 1967, permitiu ao juiz, quando não houvesse estabelecimento adequado ao recolhimento dos que possuem direito a prisão especial, considerando a gravidade e as circunstâncias do crime, com a prévia oitiva do Ministério Público, autorizar o recolhimento do agente na própria residência (art. 1º). Com esse tratamento leniente, por meio de várias leis esparsas, diversas categorias profissionais passaram a usufruir do direito à prisão especial, o que, ao fim e ao cabo, findava se traduzindo no direito de ficar recolhido em prisão domiciliar¹²²⁷.

Seja como for, sob a modalidade de prisão especial ou domiciliar, não se pode perder de vista que, notadamente na seara criminal, e, particularmente, nas questões relativas ao aprisionamento, as normas, ademais de comuns a todos, independentemente das condições pessoais dos agentes, devem ser vistas e aplicadas de forma solidária, no desiderato de que o

¹²²⁵ CEJIL. Disponível em: <https://cejil.org/pt-br/comunicado-de-prensa/historico-brasil-e-responsabilizado-pelo-uso-indevido-da-imunidade-parlamentar-como-obstaculo-a-investigacao-e-julgamento-do-feminicidio-de-marcia-barbosa-conforme-sentenca-da-corte-interamericana>/Acesso em: 6 fev. 2022. O caso foi sobre o assassinato Márcia Barbosa pelo Deputado Estadual Aécio Pereira. Em razão da demora da tramitação do processo, o agressor faleceu antes do encerramento do processo.

¹²²⁶ Conforme o art. 295 do Código de Processo Penal, “Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: I – os ministros de Estado; II – os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; III – os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados; IV – os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”; V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; VI – os magistrados; VII – os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; VIII – os ministros de confissão religiosa; IX – os ministros do Tribunal de Contas; X – os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; XI – os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos”

¹²²⁷ Leis nºs. 5.350, de 1967, e 4.878, de 1965 (policia civil); 5.606, de 1970 (oficial da Marinha Mercante); 7.102, de 1983 (vigilante de empresa particular que explora serviço de vigilância e de transporte de valores); 7.172, de 1983 (professor de ensino de primeiro e segundo graus); 8.069, de 1990 (conselheiro tutelar); 8.625, de 1993 e LC 75, de 1993, (promotor de Justiça); 8.906, de 1994 (advogados); LC 80, de 1994 (defensores públicos da União).

tratamento em consonância com a dignidade da pessoa humana seja compartilhado sem distinção entre as pessoas.

Por conseguinte, as normas referentes às condições do local de recolhimento devem ser pautadas com a máxima garantia do tratamento de acordo com a *essência humana/dignidade da pessoa humana*, extensiva a todos, não apenas àqueles parecidos ou iguais aos que *elaboram, julgam ou executam as leis*, mas também aos que apresentam características diametralmente diferentes, especialmente em relação às questões de oportunidade quanto à estrutura familiar e à educação. Se assim não for, exatamente os que mais precisam serão os que menos receberão do Estado.

Essa digressão serve, apenas, para salientar que a *prisão* seja ela rotulada de *especial* ou *domiciliar*, contempla, desenganadamente, *tratamento diferenciado* a pessoa que, em princípio, independentemente de seu grau de instrução ou atividade desempenhada, deveria receber *tratamento igual* às outras, que, quando presas, são recolhidas a estabelecimento carcerário.

A prisão preventiva com recolhimento ao cárcere é a regra, sendo, as demais, exceções que precisam ser bem ponderadas, sob pena de tratamento diferenciado sem justificativa. Exatamente em razão dessa consideração, nada obstante vários pronunciamentos da Supremo Corte pela validade, as normas que disciplinam modo especial de prisão, tendo em consideração a situação pessoal do preso, são de discutível constitucionalidade, sem embargo de não serem convenientes a uma política criminal democrática.

Exatamente tendo em conta essas considerações, um dos maiores entraves para a aprovação do PL 4.208, de 2001, que findou sendo transformado na Lei 12.403, de 2011, residuiu na falta de consenso quanto à supressão do Código de Processo Penal da prisão especial estampada no art. 295. Paralelamente ao referido Projeto de Lei, findou sendo aprovada a Lei nº 10.258, de 11 de julho de 2001, que, ao invés de revogar o art. 295, incluiu cinco parágrafos para, na parte que interessa, explicitar que a prisão especial “... consiste, exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum” (§ 1º), que na falta de *estabelecimento específico* o aprisionamento deve ser “... em cela distinta do mesmo estabelecimento” (§ 2º) e que “Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum”.

Essa lei representou um inegável avanço. Apesar de não ter eliminado a prisão especial, deixou claro que essa modalidade de encarceramento deve ser entendida como todo e qualquer local distinto daquele destinado para a prisão comum, o qual pode ser em *estabelecimento específico* ou, apenas, *em cela distinta do mesmo estabelecimento*. Não há de negar-se que, diante de determinadas circunstâncias, independentemente do cargo, função ou título que possua, uma pessoa não pode ser recolhida à prisão juntamente com as outras. Não apenas um magistrado, membro do Ministério Público e da polícia, como, igualmente, delatores não podem ficar misturados aos demais internos de um estabelecimento carcerário, sob pena de sérios riscos às suas vidas e integridades físicas e psíquicas. Até mesmos em razão das regras criadas pelas comunidades carcerárias, em se tratando de crimes como de pedofilia ou de estupro, os autores precisam ser separados dos demais.

Portanto, não era o caso de eliminar a prisão especial, mas deveria ter sido aproveitada a oportunidade para alterar a orientação normativa, no sentido de ser estabelecida como fundamento para a prisão especial a sua efetiva necessidade para a preservação da vida e da integridade física e psíquica do agente, não sendo suficiente para tanto, por si só, o título do qual eventualmente seja portador, como são os casos, por exemplo, dos inscritos no *Livro de Mérito* e detentores de formação universitária (art. 295, incisos IV e VII).

O mais adequado teria sido a aprovação do substitutivo apresentado quando da discussão da matéria no Senado, que propunha a seguinte redação para o art. 295: “É proibida a concessão de prisão especial, salvo a destinada à preservação da vida e da incolumidade física e psíquica do preso, assim reconhecida por decisão fundamentada da autoridade judicial ou, no caso de prisão em flagrante ou cumprimento de mandado de prisão, da autoridade policial encarregada do cumprimento da medida.”

A prisão especial, assim, a nosso sentir, para todos os efeitos, é o direito a recolhimento

em local distinto — que pode ser, apenas, uma cela distinta no mesmo estabelecimento — que só se justifica quando destinada à preservação da vida e da incolumidade física do agente preso, cuja necessidade seja, previamente, demonstrada mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária, salvo na hipótese de flagrante delito, em que o juiz, ao receber o auto, caso proceda à conversão (decretação da) em prisão preventiva, deve dizer se mantém, ou não, a prisão onde a pessoa se encontra por escolha da autoridade policial.

Todavia, não só foi mantida a prisão especial nos termos da redação do caput do art. 295 do CPP, como a Reforma Tópica, por meio da Lei nº 12.403, de 2011, inovou na matéria, a fim de trazer, para o âmbito das medidas cautelares de natureza prisional, a prisão domiciliar. Assim, nos termos do art. 317, “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” Por sua vez, o art. 318 do CPP diz que

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante a partir do 7^o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016).

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

A inovação, é certo, merece aplauso, pois resolveu a discussão sobre a possibilidade de se ter a prisão domiciliar não apenas quando da execução da pena, mas, igualmente, quando a privação do direito de liberdade for determinada sob a modalidade de medida cautelar. Antes dessa inovação normativa, era recorrente a defesa, junto ao Judiciário, tentar obter a aplicação subsidiária do art. 117 da Lei de Execução Penal, nos casos de prisão preventiva.

Agora, por expressa previsão normativa, também em razão de questão humanitária, é possível que o recolhimento, em razão de prisão preventiva ou temporária, seja feito no próprio domicílio do agente.

O que a *prisão domiciliar* tem a ver com a *prisão especial*? No nosso sentir, tudo. A prisão domiciliar, para todos os efeitos, é uma *prisão especial*. Aliás, é uma prisão das mais especiais. Se a prisão especial, mesmo com os enxertos da Lei nº 10.258, de 2001, representa um privilégio em relação à prisão comum, o que não dizer da prisão domiciliar, trazida para o nosso sistema pela Lei nº 12.403, de 2011, que nada mais é do que a prisão preventiva ou temporária em que a pessoa, ao invés de ser recolhida a estabelecimento comum ou especial/específico, tem o direito de ficar recolhida em sua própria residência.

Nesse particular, há de ser feita crítica à aparente antinomia entre os arts. 317 e 318, caput, do CPP. Com desenganado acerto, o legislador, com a feitura do art. 317, conferiu a definição legal de prisão domiciliar, contentando em dizer, apenas, que ela “... consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” Em outras palavras, não se trata de mais uma espécie de medida cautelar prisional. A prisão cautelar é o gênero, da qual, em nosso sistema, as espécies são a (i) preventiva e a (ii) a temporária. A chamada prisão domiciliar é a mesma medida cautelar prisional, preventiva ou temporária, porém, em que o recolhimento do agente, ao invés de ser feito em estabelecimento comum ou especial, se dá na sua própria residência.

Mas, sem a melhor técnica, o caput do art. 318 diz que, presente uma das hipóteses de seus incisos, “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar...” Ora, à toda evidência, não se trata, efetivamente, de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, mas a substituição, para fins de cumprimento da medida cautelar – que pode ser, naturalmente, apesar da omissão do legislador, tanto a preventiva quanto a temporária – do estabelecimento prisional pela residência do agente.

O reconhecimento do direito ao recolhimento na própria residência e, cabe agregar, a estabelecimento ou cela especial, não tem o condão de mudar a natureza da espécie de medida cautelar. É a mesma prisão preventiva ou temporária, só que cumprida no próprio domicílio ou em estabelecimento ou cela especial, o que configura, inclusive, o direito à detração penal.

Essa assertiva dissipa, portanto, qualquer dúvida em relação ao reconhecimento, no caso de prisão domiciliar, do direito à detração penal, contemplada no art. 42 do Código Penal. Serve, ainda, para distinguir a prisão domiciliar da medida cautelar diversa da prisão, prevista no art. 319, V, do CPP, porquanto o *recolhimento domiciliar*, nesta hipótese, se circunscreve ao período noturno e aos dias de folga, de modo que não se trata, propriamente, de prisão.

A esse respeito, cabe agregar que a prisão domiciliar, na qualidade de medida cautelar, em princípio, só deve ser determinada se for para recolhimento durante todo o período, independentemente de ser durante o período diurno ou noturno, dia útil ou de folga. Não edição anterior, sustentamos que, com a prisão domiciliar, não se pode, por exemplo, reconhecer o direito de o preso, durante o dia trabalhar ou estudar. Continuamos a pensar da mesma maneira. Com efeito, se não há justificativa para impedir a pessoa para sair para trabalhar ou estudar, o mais adequado é estabelecer a medida alternativa do recolhimento domiciliar no período noturno¹²²⁸. Até porque, como exposto no exame dos requisitos para a prisão domiciliar, em primeira nota, isso é incompatível com a situação em que, tendo reconhecido esse direito, se quer conciliá-lo com o exercício de atividade laborativa ou frequência a estabelecimento de ensino. De outra banda, inexistente motivo para impedir que a pessoa possa se ausentar do domicílio para estudar ou trabalhar, mostra-se adequada e suficiente a imposição de medida diversa da prisão, razão pela qual não se revela adequado decretar o encarceramento, ainda que com o reconhecimento do direito ao seu cumprimento em regime domiciliar.

Por fim, verifique-se que, conforme o art. 117, c/c art. 146-B, IV, da Lei de Execução Penal, com a redação determinada pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, “O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando... determinar a prisão domiciliar”. A norma em destaque tem em mira a prisão domiciliar disciplinada no art. 117 da Lei de Execução Penal. Mas o juiz, pode, ao decretar cautelar detentiva com recolhimento em domicílio nos termos do art. 318 do CPP, aplicar, cumulativamente, a medida diversa da monitoração, aliás, providência que se mostra salutar e necessária para que ocorra a efetiva fiscalização¹²²⁹.

6.2.5.2.1. Requisitos para a prisão domiciliar (art. 318 do CPP)

São seis as hipóteses que autorizam o juiz a reconhecer ao agente o direito de ser recolhido à prisão domiciliar, devido à decretação da prisão preventiva ou temporária. De acordo com o art. 318 do Código de Processo Penal, o agente poderá ser recolhido cautelarmente em sua residência, quando for:

- I — maior de 80 (oitenta) anos;
- II — extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III — imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV — gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

¹²²⁸ Cf. item 6.3.1.5, infra.

¹²²⁹ Cf. item 6.3.1.8, infra.

V – mulher com filho até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

As seis situações imaginadas pelo legislador podem ser divididas da seguinte forma: (a) idade; (b) estado de saúde; (c) assistência familiar e/ou social, relativa a menor; (d) questão de gênero, específica à gestação. Em linhas gerais, esses requisitos são os mesmos previstos no art. 117 da Lei de Execução Penal:

I — condenado maior de 70 (setenta) anos;

II — condenado acometido de doença grave;

III — condenado com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV — condenada gestante.

Embora a prisão domiciliar própria da execução penal tenha quatro requisitos, eles são da mesma ordem — questão de idade (maior de 70 (setenta) anos); de saúde (acometido de doença grave), familiar e/ou social (filho menor ou deficiente físico ou mental), de gestação (gestante). No entanto, para fins de prisão cautelar, em linhas gerais, o direito ao recolhimento na própria residência é mais restrito.

Cabe lembrar que a prisão domiciliar, tratada na Lei de Execução Penal, é direito reconhecido, apenas, a quem tenha sido condenado a prisão em regime aberto ou tenha progredido, após satisfeitas as condições temporais e subjetivas, para essa etapa de cumprimento da pena.

Em verdade, a prisão processual domiciliar se trata de um privilégio, espécie de prisão mais benéfica do que a própria *prisão especial*, tratada no art. 295 do CPP. Se assim for, estreme de dúvidas que essa é uma medida excepcional, ou melhor, a *exceção da exceção*. De fato, digamos que alguém, com grau de instrução de nível superior, cumpra um dos requisitos do art. 318 do CPP. Naturalmente que ele não possui somente o direito de ser recolhido em estabelecimento específico ou cela especial (art. 295, §§ 1º e 2º, do CPP), mas de ficar detido em sua própria residência, que é um *plus* em relação à prisão especial. Isso fica mais patente ainda, quando a Lei nº 5.256, de 1967, garante ao agente, no caso de inexistência de estabelecimento específico ou cela especial para o gozo do direito à prisão especial, que o seu recolhimento se dê na própria residência (art. 1º)¹²³⁰.

Por isso mesmo, o parágrafo único do art. 318 do CPP esclareceu, de forma imperativa, que o juiz, para reconhecer o preenchimento de um dos requisitos do inciso, *exigirá prova idônea*. Não basta, portanto, alegar que a situação se enquadra em uma das situações catalogadas nos incisos do art. 318. É preciso que haja *prova idônea*.

Feitos esses esclarecimentos, importa fazer a análise de cada um desses requisitos elencados para o gozo do direito à prisão domiciliar de que cuida o art. 318 do CPP.

6.2.5.2.1.1. Idade

É da política criminal nacional e do Direito Comparado dispensar olhar mais atento para as pessoas que estão na terceira idade, diante da consideração de que são pessoas que inspiram maiores cuidados, sendo mais vulneráveis a doenças e acidentes e mais fracas física e mentalmente, em decorrência do longo tempo de vida. Cuida-se de preocupação de ordem humanitária. A legislação civil brasileira contém regras específicas de proteção ao idoso, qualificando como tal

¹²³⁰ A Lei nº 5.256, de 1967, não foi revogada pela Lei nº 10.258, de 2001. Pode-se dizer, até, que ela foi derogada, pois, agora, não é bastante para o reconhecimento, com base nessa norma, do direito à prisão domiciliar, a inexistência de estabelecimento específico, mas, ainda, de cela específica, ainda que situada em estabelecimento prisional destinado para os presos comuns.

aquele que possui idade igual ou superior a 60 anos¹²³¹. A própria lei penal, em alguns casos, toma esse referencial etário para estatuir normas protecionistas, quando faz menção a pessoa considerada idosa. De toda maneira, o sistema criminal adotou a idade superior a 70 (setenta) anos como parâmetro para a incidência de atenuante (art. 65, I, segunda parte, do CP), redução, pela metade, da prescrição (art. 115, última parte, do CP) e para a prisão domiciliar como etapa de cumprimento da pena (art. 117, I, da Lei de Execução Penal).

Na primeira proposta da Comissão da Reforma Tópica, a idade escolhida foi de 60 (sessenta) anos. No texto definitivo, subiu para 70 (setenta) anos. Todavia, em razão dos debates no Parlamento, o legislador resolveu ir um pouco mais além para considerar a idade avançada, por si só, como requisito para que o recolhimento em razão de prisão processual seja efetivado na própria residência. Talvez por não ter adicionado nenhuma outra circunstância além da idade para caracterizar o requisito do inciso I do art. 318 do Código de Processo Penal, o legislador achou por bem elevar o referencial temporal. Assim, para fins de prisão cautelar domiciliar devido à idade, exige-se que o agente seja maior de 80 anos de idade. Portanto, conquanto o maior de 70 anos faça jus a cumprimento a pena em regime aberto no seu próprio domicílio, o mesmo não se diga no caso de medida cautelar prisional, pois esse direito só é reconhecido para quem tem mais de 80 anos de idade.

Não se vê, aqui, nenhuma antinomia sistêmica. Repita-se que, tendo em consideração que a prisão domiciliar, na Lei de Execução Penal, é pertinente, apenas, para quem tem reconhecido o direito ao cumprimento da pena no regime aberto, o que pressupõe a satisfação prévia de pressupostos objetivos e subjetivos, é natural que os seus requisitos sejam mais amenos do que aqueles previstos para o cumprimento de medida cautelar prisional, que é pertinente a qualquer agente, independentemente do crime e das suas condições pessoais.

A prova idônea, reclamada no parágrafo único do art. 318 do Código de Processo Penal para o reconhecimento do direito à prisão domiciliar de quem é maior de 80 (oitenta) anos, é a certidão de nascimento ou casamento. A falta desse documento exige, como prejudicial, que a matéria seja resolvida no ambiente civil, de conformidade com a Lei de Registros Públicos.

6.2.5.2.1.2. Doença grave e saúde extremamente debilitada

Também aqui há uma diferença basilar entre a *doença grave* para fins da prisão domiciliar do art. 117, II, da Lei de Execução Penal e a do art. 318, II, do Código de Processo Penal. No art. 117, II, da Lei de Execução Penal, o direito à prisão domiciliar exige, apenas, que o agente esteja *acometido de doença grave*. Em se tratando de prisão cautelar, o legislador foi mais rigoroso, pois não é suficiente comprovar a existência de doença grave, mas também que, como consequência dela, está *extremamente debilitado*. O dado para a obtenção do direito à prisão cautelar domiciliar, portanto, não é apenas objetivo. Por conseguinte, o fato em si de o agente ser portador de doença grave não assegura o direito à prisão domiciliar, caso não seja apresentada prova idônea de que, devido à anomalia de ordem grave da qual padece, o agente está com a saúde *extremamente debilitada*.

E note-se, ademais, que o legislador não se contentou, apenas, com a demonstração de que a saúde do agente, devido à doença grave, está debilitada. A norma requer, para que seja assegurado o direito, que a saúde, por motivo da doença grave, esteja *extremamente debilitada*. Essa é uma análise, naturalmente, de natureza técnica e subjetiva, a ser reconhecida em laudo pericial elaborado para tanto. A prova idônea, para comprovação de que o requisito do art. 318, II, do CPP, está cumprido, é o laudo pericial que, a par de comprovar ser o agente acometido de doença grave, apresente diagnóstico, não apenas um prognóstico, definindo o estado de saúde como *extremamente debilitado*. É conveniente, inclusive, para bem orientar o experto, na

¹²³¹ Lei nº 10.741, de 2003, art. 1º (Estatuto do Idoso). Não há, todavia, propriamente a definição jurídica do que seja enfermo ou pessoa com deficiência.

elaboração dos quesitos, fazer, além de outras, duas perguntas distintas, uma se o agente, em razão da doença grave, está com a *saúde debilitada* e outra se a saúde do agente pode ser classificada como *extremamente debilitada*.

6.2.5.2.1.3. Assistência familiar e social

A preocupação com a humanização do sistema prisional é antiga, havendo muitos estudos a respeito, ademais de normas internacionais e nacionais¹²³². Porém, são recentes as iniciativas quanto ao tratamento específico que deve ser experimentado conforme a condição de gênero, notadamente tendo em conta a condição de mãe. A maior participação social, política e econômica da mulher, promoveu o aumento e a multiplicidade da ação criminosa feminina: colocou-a na cena do crime, ao lado do homem, na qualidade de protagonista, fenômeno que, em consequência, inseriu a mulher também no cárcere¹²³³.

Sem embargo desse fenômeno, a legislação penal e de execução penal se mostram, no trato das diferenças de gênero na questão criminal, em alguns instantes omissas, enquanto em outros conservadoras. Se a prisão é uma instituição de encarceramento — encarcera-se não apenas o direito de liberdade, mas a voz, a imagem, a identidade, a dignidade, enfim, a pessoa, no seu todo — tornando a pessoa invisível para a sociedade, em relação à mulher presa, essa situação é potencializada. Coube a Julita Lemgruber, em seu prestigiado livro *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*, chamar a atenção para a situação peculiar da mulher encarcerada e como ela, além de invisível para a sociedade livre, é esquecida e destrutada pelo sistema criminal e carcerário; desvalorizada dentro do contexto sócio-penitenciário. Com um perfil similar ao dos homens — a maioria é não branca, tem pouca escolaridade —, há questões de ordem social e familiar agregadas, que precisam ser levadas em consideração. Maria Beatriz Maciel¹²³⁴ tem um trabalho de pesquisa intitulado *Crime, prisão e feminismo: um estudo sobre o processo emancipatório da mulher presa*, em que evidencia a insensibilidade no trato normativo em relação à mulher.

Com efeito, conquanto a maior incidência dos crimes cometidos pelas mulheres seja de tráfico de drogas, essa conduta criminal, não raro, revela mais submissão à autoridade do companheiro que está preso ou, então, obediência a ordens emanadas de grupos organizados dentro dos estabelecimentos prisionais, do que perfil propriamente criminoso. Não passam de pessoas vulgarmente denominadas *mulas*, tratadas, inadequadamente, com todos os rigores do olhar insensível do legislador e do aplicador da lei. Não é por outro motivo que a maioria das mulheres recolhidas à prisão pelo delito de tráfico de drogas de entorpecentes foi presa tentando inserir drogas em presídios.

Esse perfil é a moldura de um quadro de desigualdade social, discriminação e seletividade do sistema de justiça criminal, cuja consequência é a maior vulnerabilidade da pessoa de acordo com a raça, condição social e gênero.

Porém, infelizmente, as consequências familiares e sociais são piores: a prisão da mulher, muitas vezes, representa o abandono da educação e guarda do filho, que já não tem o convívio com o pai. Como se não bastasse, em outras tantas, o filho fica encarcerado junto com a genitora. Em 2011, de acordo com levantamento do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema

¹²³² Malgrado estudos revelem que o cumprimento de pena em regime penitenciário teve início com a *House of Correction* (Casa de Correção) edificada em Londres, em 1552, a humanização das penas só apareceu a partir da obra de Beccaria *Dos delitos e das penas*.

¹²³³ Dados do Ministério da Justiça demonstram que o número de mulheres presas no país vem aumentando significativamente nos últimos anos, em proporção bastante superior à dos homens: 14,6 mil, em 2000; 25,8 mil, em 2007; e 34,20 mil, em 2010. No entanto, consoante os dados de junho de 2021, o número de mulheres presas diminuiu para 30.199, representando o percentual equivalente a 4,48% da população territorial no Brasil (Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiYWlxYjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 2 mar. 2022).

¹²³⁴ Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2017.

Carcerário — DMF do Conselho Nacional de Justiça, havia no sistema prisional 195 crianças em presídios, acompanhando suas mães presas. Qual o futuro dessas crianças?

A prisão cautelar no domicílio, *quando imprescindível aos cuidados especiais da pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência*, tem como finalidade evitar que outro problema, de consequências graves, seja ocasionado, qual seja, o abandono de criança que requer cuidados especiais e, de outro, que elas sejam levadas, em razão da prisão da mãe, também para o cárcere¹²³⁵. A norma é importante e é preciso que os magistrados tenham a devida sensibilidade para essa chaga social, que é o abandono de pessoa que requer assistência, em razão da prisão de quem se ocupava de lhe dar amparo.

É óbvio que esse direito à prisão domiciliar não é reconhecido apenas à mulher. Embora em nosso contexto sociocultural, comumente, quem se encarrega da guarda e da educação da prole ou de cuidar de pessoas com deficiência seja a mulher, em alguns casos esse papel é exercido pelo homem. Por isso mesmo, o legislador não identificou o gênero: a pessoa *imprescindível aos cuidados especiais da pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência* pode ser tanto a mulher quanto o homem.

Também aqui, diferentemente do que ocorre em relação à prisão domiciliar tratada na Lei de Execução Penal, não basta que a pessoa possua filho menor ou, sendo de maior, seja deficiente físico ou mental (art. 117, III). Há a necessidade de *prova idônea* de que “o agente é imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência” (art. 318, III, do CPP). Tem de provar, primeiro, que a pessoa é menor de 6 (seis) anos ou, sendo maior, é possuidora de deficiência mental ou física. A primeira prova se faz com suporte na certidão de nascimento, enquanto a segunda por meio de laudo pericial. A prova de que o agente é imprescindível para os cuidados especiais já é mais complexa, mas poderá ter como base documento elaborado por assistente social ou mesmo audiência específica para essa finalidade, com os depoimentos pessoais do agente e da pessoa que merece proteção, além da oitiva de testemunhas¹²³⁶.

Essa situação pode ser, por exemplo, esclarecida em audiência de apresentação (custódia) tanto no caso de flagrante delito quanto de cumprimento de mandado de prisão. A hipótese denota a relevância de realizar-se a audiência de apresentação (custódia) mesmo quando se trata de prisão mercê de ordem judicial.

Por isso mesmo, na edição anterior, lamentávamos que, apesar de uma das diretrizes da Reforma Tópica estar concentrada na oralidade, essa técnica processual na visão moderna não foi aproveitada pelo legislador quanto às medidas cautelares pessoais¹²³⁷. Em muitos casos, para verificar qual é a medida mais adequada, se detentiva ou não, é da mais alta valia a audiência para que o juiz conheça, mais de perto, o agente, sem falar que a prévia oitiva do acusado, nos casos de flagrante delito, é de fundamental importância para que o juiz decida sobre a conversão, ou não, da detenção em prisão preventiva. Igualmente, para apreciar a satisfação do requisito do art. 318, III, não raro, será necessária audiência para o depoimento do autor do crime. A audiência de apresentação (custódia), como se vê, serve para esses fins.

Nada obstante o avanço da Reforma Tópica quanto ao tratamento dispensado a essa questão de alta relevância social, foram lançadas muitas críticas diante da timidez do legislador. Até porque, a disciplina alvitada pelo legislador criminal, até certo ponto, estava em atrito com a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso porque, conforme o Estatuto em referência, considera-se criança toda e qualquer pessoa de até doze anos de idade incompletos. Assim, em rigor, o mais adequado seria assegurar à mãe ou ao pai, com filho de até 12 (doze) anos incompletos, conforme o caso, o direito à prisão domiciliar. A correção normativa veio por meio da Lei nº 13.257, de 2016, com o enxerto de dois incisos, respectivamente,

¹²³⁵ Em visita a estabelecimento carcerário, nos deparamos com uma situação em que a criança, com 7 anos de idade, desde o nascimento, estava acompanhando mãe na prisão. Simplesmente, inadmissível.

¹²³⁶ Cabe aqui a crítica já feita pelo fato de o legislador não ter feito referência à oralidade no procedimento próprio para a aplicação de medida cautelar.

¹²³⁷ Cf. item 3.2.2.5, supra.

V e VI, no art. 318 do CPP. Nos termos da nova disciplina – essa lei é chamada de Marco Legal da Primeira Infância¹²³⁸ – também é caso de concessão de prisão domiciliar à mulher, quando ela tiver de cuidar de filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, ou mesmo ao homem, neste caso, quando ele seja o único responsável pelos cuidados da criança.

Por coerência sistêmica, a Lei nº 13.257, de 2016, incluiu o § 10 no art. 185 do CPP, a fim de determinar que, no interrogatório, seja feita pergunta sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, e o § 4º no art. 304, impondo que na lavratura do auto de prisão em flagrante conste esse tipo de informação.

Malgrado a previsão normativa, era recorrente casos de mulheres presas mesmo sendo responsáveis por filhos de tenra idade, considerados legalmente como crianças. Para dar um basta a esse estado de coisas, a Defensoria Pública da União entrou com habeas corpus *coletivo* perante o Supremo Tribunal Federal, pedindo que fosse determinada a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que fossem gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência. Esse Habeas Corpus nº 143641, foi deferido por maioria de votos pela Segunda Turma do STF, com comunicação aos presidentes dos tribunais estaduais e federais, inclusive da justiça militar estadual e federal, para que, no prazo de 60 (sessenta) dias, fosse cumprida de modo integral a decisão¹²³⁹.

Nada obstante, para tornar mais efetiva a proteção à mulher gestante e às crianças ou pessoas com deficiência, por meio da Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, o legislador inseriu no CPP o art.318-A, para estabelecer a imperatividade da substituição da prisão preventiva imposta à mãe ou pessoa responsável, desde que (a) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e (b) não tenha cometido crime contra o próprio filho ou dependente.

6.2.5.2.1.4. Mulher gestante

A segunda etapa da Reforma Tópica seguiu a orientação da Lei de Execução Penal, no sentido de levar em consideração a situação da mulher gestante, a fim de assegurar, nesse caso, o direito à prisão domiciliar. Porém, a nova lei foi mais precisa, a fim de evitar maiores discussões quanto ao alcance da norma. Enquanto na Lei de Execução Penal o direito à prisão domiciliar de quem está no regime aberto é assegurado, indistintamente, à gestante (art. 117, IV), para o cumprimento de medida cautelar prisional em residência se exigiu que a mulher estivesse no 7º (sétimo) mês de gravidez ou, então, que a gravidez fosse de alto risco (art. 318, IV, primeira parte, do CPP).

Assim como na hipótese do inciso I, na então primeira parte do inciso IV a questão era meramente objetiva: prova da gravidez de 7 (sete) meses. Aqui o legislador, tendo em conta a literatura médica a respeito, adotou a presunção legal *juris et de jure* de que, a partir do 7º mês, a gravidez requer maiores cuidados, passando a ser de maior risco, o que justificava o direito da mulher de ficar recolhida em sua própria residência.

Na segunda parte do inciso IV, o legislador se mostrou sensível, ainda, para os casos em que, independentemente do tempo de gestação, a gravidez se apresenta de alto risco. O legislador, portanto, ao tratar do tema, inicialmente, adotou dois parâmetros distintos: (a) na primeira parte, o alto risco é presumido, o que se tem a partir do 7º mês; (b) na segunda parte, independentemente do mês de gravidez, o alto risco há de ser provado, por meio de laudo médico.

Portanto, antes do 7º (sétimo) mês, a mulher gestante só teria direito a prisão cautelar em

¹²³⁸ Essa lei surgiu no contexto da doutrina da proteção integral da criança.

¹²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe. Acesso em: 31 jul. 2018. O Ministro Edson Fachin ficou vencido porque, em seu voto, deferiu a ordem apenas para dar interpretação conforme aos incisos IV, V e VI do art. 381 do CPP, a fim de reconhecer como única interpretação a de que a substituição da prisão no cárcere pela domiciliar exige a análise concreta e individualizada do caso específico, a fim de que seja prestigiado o melhor interesse da criança (Ibid).

domicílio se provasse que a sua gravidez era de alto risco, enquanto daí até o parto era um direito que, para o seu reconhecimento, bastava a prova do tempo da gestação; nada mais do que isso.

A pergunta que se fazia era até quando, nesse caso, perdurava o direito à prisão domiciliar. Era apenas até o parto? Claro que não. No mínimo, esse inciso IV havia de ser interpretado em compasso com o inciso III, de modo que o recolhimento no próprio domicílio deveria ser reconhecido mesmo após o parto, quando e enquanto a mãe fosse imprescindível aos cuidados especiais do recém-nascido, o que, se não fosse considerado o tempo até a criança atingir 6 (seis) anos de idade, deveria ser considerado, como tal, pelo menos, o período de amamentação.

Esse entendimento se coadunava com o direito fundamental, encartado na Lei Maior no art. 5º, L, segundo o qual “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. A regra do art. 83, § 2º, da Lei de Execução (“Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos”), não deve ser levada em consideração para dirimir a questão. Ela é anterior à Constituição de 1988 e não parece razoável que o direito da criança de receber os cuidados de sua mãe tenha o condão de levá-la para o cárcere, ainda que recolhidas em um berçário. A solução normativa da Lei de Execução Penal é esdrúxula e inaceitável, só sendo razoável sua aplicação em situações excepcionálistimas, naquelas em que a mãe não cuida da criança ou é inviável que fique recolhida no domicílio. Mesmo assim, o berçário, nesse caso, é apenas para o fim de assegurar o direito à amamentação. Até porque, não há como não concordar com Maria Beatriz Maciel¹²⁴⁰, ao arrematar que “Os presídios não são estabelecimentos adequados e não estão preparados para receber crianças”, daí por que “... a medida mais adequada e razoável que compreende e respeita os direitos da criança seria fazer com que a mãe cumprisse parte da sua pena em prisão domiciliar...”¹²⁴¹

A discussão então agitada perdeu razão de ser, devido à edição da Lei nº 13.257, de 2016. Em primeira nota, a lei em foco alterou a redação do inciso IV do art. 318 do CPP, de modo a não fazer mais distinção nenhuma em relação ao direito à prisão domiciliar pela gestante. Agora, com a nova disciplina, a condição de gestante, independentemente do tempo de gravidez, é suficiente para garantir o direito à prisão domiciliar.

Por outro lado, com a inclusão pela Lei nº 13.257, de 2016, do inciso V no art. 318 do CPP, para todos os efeitos, a mulher tem o direito à prisão domiciliar, desde que seja mãe de criança, assim considerada, para fins legais, toda e qualquer pessoa com 12 (doze) anos de idade incompletos.

Na edição anterior, alertamos que ainda ia demorar muito para os magistrados se preocuparem, efetivamente, com situações dessa natureza. Isso porque, notícia veiculada pela *Folha de São Paulo*, sob o título *Video mostra presa algemada no pós-parto*, dava conta de episódio inaceitável da detenção/prisão em flagrante de uma grávida, após o furto de duas bonecas, um chuveiro e quatro frascos de xampu de uma loja, no mês de novembro de 2011. A matéria jornalística acrescentava que, levada para o Centro de Detenção Franco da Rocha, lá permaneceu presa e deu à luz a uma menina, no dia 31 de janeiro de 2012, tendo uma reportagem da TV Record feito a sua imagem algemada à cama pelo braço e pela perna direita, com o corte visível da cesariana. Essa barbárie toda tinha se verificado na capital do Estado mais rico do País, São Paulo¹²⁴², pouco tempo após a vigência da norma que garantia o direito à prisão domiciliar à gestante, a partir do 7º mês de gravidez.

A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Habeas Corpus nº 143641, citada no item acima, é um alento para que se faça valer esse direito assegurado no inciso IV, que foi expandido com a redação dada pela Lei nº 12.257, de 2016.

Cabe lembrar que a Lei nº 13.769, de 2018, incluiu no CPP o art.318-A, para determinar

¹²⁴⁰ FARIAS, Maria Beatriz Maciel de. **Crime, prisão e feminismo**: um estudo sobre o processo emancipatório da mulher presa. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2017, p. 99.

¹²⁴¹ **Crime, prisão e feminismo**: um estudo sobre o processo emancipatório da mulher presa, p. 99.

¹²⁴² <http://www.1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/23766>. Acesso em: 2 fev. 2012.

a substituição da prisão preventiva imposta à mulher gestante, quando (a) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e (b) não tenha cometido crime contra o próprio filho.

6.2.5.2.2. Prisão domiciliar em razão da ausência de estabelecimento ou local distinto para o cumprimento de prisão especial: prisão em sala de Estado-Maior

A despeito dos requisitos plasmados nos incisos do art. 318 do Código de Processo, como a Lei nº 5.256, de 1967, não foi revogada nem pela Lei nº 10.258, de 2001, nem pela Lei nº 12.403, de 2011, tem-se que temos mais uma hipótese de prisão domiciliar, qual seja, quando, tendo a pessoa direito a prisão especial, não houver estabelecimento específico ou cela especial para o seu recolhimento, ainda que no mesmo presídio destinado aos presos comuns. Há leis que denominam o local da prisão especial como *sala de Estado-Maior*, tal como fazem o Estatuto da Magistratura (Lei Complementar nº 35, de 1979, art. 33, III), o Estatuto do Ministério Público Federal (Lei Complementar nº 75, de 1993, art. 18, II, e), o Estatuto do Ministério Público Estadual (Lei nº 8.625, de 1993, art. 40, V), o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 1994, art. 7º, V) e o Estatuto dos Defensores Públicos da União (Lei Complementar nº 80, de 1994, art. 44, III).

Registre-se que qualquer norma que imponha considerações especiais sobre o local no qual deve ser recolhida alguma pessoa, expressa discriminação que se desarticula da sistemática comum, de maneira que a abordagem há de ser feita *cum grano salis*, sob pena de conferir-se tratamento privilegiado para uma determinada classe de pessoas, em malferição à cláusula constitucional, e universal, da isonomia.

Ademais, se o núcleo da norma que assegura o direito a prisão especial ou ao recolhimento em *sala de Estado-Maior* já caracteriza excepcionalidade à regra geral, que é o recolhimento da pessoa, em caso de medida cautelar detentiva, a estabelecimento prisional comum, o reconhecimento do direito de a pessoa, à falta de cárcere específico ou sala especial ou de *sala de Estado-Maior*, ser recolhida ao próprio domicílio, corresponde à *exceção da exceção*.

Quanto à prisão especial, a Lei nº 10.258, de 2001, cuidou de dizer que “... consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum” (art. 295, § 1º), e de esclarecer que “Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.” (art. 295, § 2º) A possibilidade, portanto, de o direito a prisão especial se transformar em direito a recolhimento em prisão domiciliar resta sobremaneira diminuída.

Todavia, o direito a prisão em sala de Estado-Maior tem sido considerado um *plus* em relação à prisão especial, de sorte que, não havendo estabelecimento adequado, a pessoa faz jus ao recolhimento em domicílio, notadamente em se tratando de advogado, na forma que dispõe o art. 7º, V, do Estatuto da Advocacia. Como não há definição do que seja esse tipo de estabelecimento, o Supremo Tribunal Federal, em *leading case* relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence¹²⁴³, assim se pronunciou:

(...) 1. Por Estado-Maior se entende o grupo de oficiais que assessoram o Comandante de uma organização militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar); assim sendo, `sala de Estado-Maior` é o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa por eles ser utilizado para exercer suas funções. 2 A distinção que se deve fazer é que, enquanto uma `cela` tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém — e, por isso mesmo, de regra contém grades —, uma `sala` apenas ocasionalmente é destinada para esse fim. 3. De outro lado, deve o local oferecer `instalações e comodidades condignas`, ou seja, condições adequadas de higiene e segurança.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal¹²⁴⁴ asseverou que “A Sala de Estado-

¹²⁴³ STF, Recl. nº 4535/ES, j. em 07.05.2007.

¹²⁴⁴ STF, HC 91089, Rel. Min. Carlos Britto.

Maior se define por sua qualidade mesma de sala e não de cela ou cadeia, Sala, essa, instalada no Comando das Forças Armadas ou de outras instituições militares (Polícia Militar, Corpo de Bombeiros) e que em si mesma constitui tipo heterodoxo de prisão, porque destituída de portas ou janelas com essa específica finalidade de encarceramento. (...)”, não descaracterizando essa condição a circunstância de o local ser guarnecido por grades, pois “A questão referente à existência de grades nas dependências da Sala de Estado-Maior onde o reclamante se encontra recolhido, por si só, não impede o reconhecimento do perfeito atendimento do disposto no art. 7º, V, da Lei nº 8.906/94 (...)”¹²⁴⁵

Assim, embora não haja, propriamente, uma definição jurídica do que seja sala de Estado Maior, segundo o entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal, não se deve aplicar a *exceção da exceção*, que é o reconhecimento do direito à prisão domiciliar fora das hipóteses do art. 318 do CPP, quando o recolhimento se dá em qualquer unidade das forças armadas ou da polícia militar ou do corpo de bombeiros, ainda que o local seja guarnecido por grades.

6.2.5.3. Prazo da prisão preventiva (duração razoável)

Toda e qualquer abordagem crítica a respeito do funcionamento do Judiciário tem como tema central a questão da morosidade, sendo desafio permanente a busca de soluções no sentido de tornar a atividade jurisdicional mais rápida. Não basta que a decisão seja justa, pois precisa ser, igualmente, eficiente, o que tem a ver com o tempo de duração do processo. Nessa linha, a duração razoável do processo foi colocada como bússola a guiar os passos da Comissão engajada em elaborar a Reforma Tópica¹²⁴⁶, antes mesmo de essa cláusula, expressamente, ter sido inserida, por obra da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, dentre os direitos fundamentais¹²⁴⁷.

Não foi sem razão que o legislador cuidou de estabelecer prazos para o encerramento do processo, conforme fosse o procedimento, ordinário (60 dias), sumário (30 dias) ou o do júri (90 dias). De toda sorte, conquanto parte considerável da doutrina critique o detalhe de no sistema brasileiro não ser previsto prazo próprio e específico para a validade da prisão preventiva, pois, sem prazo fixo para a sua duração da prisão, em muitos casos, o agente fica na prisão durante o trâmite do processo, lá permanecendo por vários anos.

Diante dessa circunstância, em alguns casos, a pena fixada na decisão condenatória transitada em julgado finda sendo inferior ao tempo de permanência no cárcere em razão da prisão preventiva. Essa situação não sensibilizou a Comissão do Executivo encarregada da reforma tópica, de modo que, ao elaborar a proposta, não se cuidou de estabelecer qual seria a duração razoável desse tipo de medida cautelar pessoal.

Tratou apenas de estabelecer um momento específico do processo no qual o juiz, de ofício, necessariamente, terá de reexaminar a necessidade, ou não, da manutenção da prisão preventiva. Fê-lo mediante a inserção de um parágrafo único no art. 387 do CPP, a fim de dispor que, na sentença condenatória, “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção... de prisão preventiva... ou de outra medida cautelar”.

Estabeleceu, portanto, um marco processual que torna obrigatória nova decisão sobre a preventiva¹²⁴⁸. Não há de negar-se que essa norma representou um bom avanço, até porque, em muitos casos, proferida a sentença, não mais se justifica a prisão preventiva, sem falar que, em outros tantos, mostra-se adequada e suficiente a sua substituição por medida cautelar alternativa.

Observe-se que um dos 3 (três) fundamentos para a decretação da prisão preventiva é a conveniência da instrução processual.

Desse modo, se o juiz deferiu a prisão cautelar com suporte na necessidade para a

¹²⁴⁵ STF, Recl. 5.192, Rel. Min. Menezes Direito.

¹²⁴⁶ Cf. item 3.2.2.3, supra.

¹²⁴⁷ Os 7 (sete) projetos de lei contendo o teor da Reforma Tópica foram encaminhados ao Parlamento, pela Comissão do Executivo, no ano de 2001. Cf. item 3.2, supra.

¹²⁴⁸ Cf. item 5.1.9.8.3.1, supra.

instrução processual, se já não tiver sido revogada a prisão preventiva, deverá fazê-lo na sentença, ainda que condenatória, salvo se, por outro fundamento, houver por bem manter referida medida cautelar.

Por outro lado, pode ser que, tendo em conta a pena concreta e o regime de cumprimento estabelecido na sentença condenatória e, ainda, o tempo de duração da prisão processual, seja mais conveniente substituir a preventiva por uma cautelar diversa¹²⁴⁹. Isso sem falar que, quando da prolação da sentença, não haja mais necessidade da manutenção da prisão, diante da modificação do quadro fático.

Ainda assim, essa previsão normativa não se prestou para tratar, adequadamente, do problema crucial a respeito do controle da duração da prisão preventiva, apontado acima. Por isso mesmo, quando da discussão do projeto de lei no Senado, surgiu a proposta de que fosse acrescentado um § 7º ao art. 282, a fim de estabelecer que o juiz ou tribunal, responsável pela decretação da prisão preventiva, teria que, obrigatoriamente, a cada 60 (sessenta) dias ou, em caso de situação excepcional, em prazo menor, reexaminar e decidir sobre a necessidade de sua manutenção.

Sem embargo dessa proposição, apareceu outra proposta, no sentido efetivamente de estabelecer prazo próprio e específico para a duração máxima da prisão preventiva, que seria de 180 (cento e oitenta) dias em cada grau de jurisdição¹²⁵⁰.

Infelizmente, nenhuma das duas propostas foi acolhida pelo Parlamento, de modo que a Reforma Tópica não cuidou de encartar no Código de Processo Penal norma jurídica disciplinando controle quanto ao tempo de duração da prisão preventiva.

De qualquer maneira, os mutirões carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça por intermédio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário — DEMF, a par de revelarem um crescimento significativo de presos provisório, entre os anos de 2005 e 2008, indicaram a necessidade de implantação de mecanismo eficiente de acompanhamento das medidas cautelares detentivas e da sua duração razoável, razão pela qual o referido órgão central do sistema judicial editou a Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009 — com seguidas alterações, no sentido de aprimorar a fiscalização quanto ao seu cumprimento.

3 (três) dispositivos encartados na Resolução em destaque, por pertinentes ao tema tratado, merecem referência especial, todos impondo medidas para o melhor controle das prisões cautelares¹²⁵¹: (a) obrigação de os órgãos jurisdicionais com competência criminal enviarem, com a periodicidade mínima trimestral, relatório às Corregedorias dos respectivos tribunais, identificando o número, data e natureza das prisões cautelares, com o acréscimo da data e do conteúdo do último movimento de cada processo (art. 2º, caput); (b) dever funcional dos servidores de fazer incontinenti conclusão ao juiz, quando verificada a paralisação de inquérito ou processo por mais de três meses (art. 3º); e (c) dever de o juiz encaminhar relatório à corregedoria informando as providências que foram adotadas, com as devidas justificativas para a demora na movimentação, no caso de paralisação de inquérito ou processo por mais de três meses (art. 5º).

Muito antes da Reforma Tópica e da Resolução do CNJ acima, a despeito de não estabelecido prazo específico para a duração da prisão preventiva, a doutrina e a jurisprudência firmaram passo no sentido de que, levando em consideração os prazos processuais, estando o acusado preso a título de prisão preventiva, o processo teria de estar encerrado no prazo global de *81 (oitenta e um) dias*, sob pena de restar caracterizado o constrangimento ilegal, devido à pessoa

¹²⁴⁹ Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403, de 2011, o parágrafo único do art. 387 do CPP, para quem não conhecia todos os projetos de lei que integram a Reforma Tópica, ficava sem sentido, no ponto em que fala ou de outra medida cautelar. A referência contida no dispositivo em foco é à medida cautelar diversa, que só foi disciplinada com a Lei nº 12.403, de 2011.

¹²⁵⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Breve depoimento sobre algumas reformas e propostas de reforma do código de processo penal. In **Reforma infraconstitucional: processo penal**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 103. A proposta era de que fosse acrescentado o art. 315-A.

¹²⁵¹ A Resolução nº 66, de 2009, também disciplinou a criação de um banco de dados para cooperar na fiscalização das medidas cautelares. Porém, o BNMP só foi criado em 2011, sem, porém, servir para controlar o tempo de duração da prisão preventiva.

ficar presa por tempo superior ao previsto em lei.

Com a Reforma Tópica, diante da modificação dos procedimentos ordinário, sumário e do júri, com o estabelecimento de novos prazos, à evidência que não se aplica mais a orientação anterior de que, salvo quando a demora do processo for imputada à defesa, o prazo máximo para a conclusão do processo, por meio da prolação da sentença, seria de 81 (oitenta e um) dias.

À primeira vista, como o legislador da Reforma Tópica cuidou de especificar o prazo de duração dos procedimentos ordinário, sumário e do júri, não haveria maior problema quanto a fixar, a depender do rito, qual o prazo, estando o agente preso, para o encerramento do processo e, via de consequência, qual a duração razoável da prisão preventiva, entre a data de sua decretação até a sentença de primeiro grau.

Acontece que o legislador da Reforma Tópica sequer previu, propriamente, o prazo de duração de todo o procedimento, quer o ordinário, o sumário ou o do júri. Conforme foi salientado nos itens 3.2.2.2.3, supra, o legislador tratou de dizer, apenas, que a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 60, 30 ou 90 dias, conforme seja o rito, respectivamente, ordinário, sumário ou o da primeira fase do tribunal do júri.

A interpretação sistêmica leva à conclusão de que esse prazo deve ser contado a partir da data da decisão sobre a resposta do acusado, que é, para todos os efeitos, uma espécie de saneador, com o qual, não sendo acolhida nenhuma preliminar ou o pedido de absolvição sumária, deve ser designada a data para a realização da audiência de instrução e julgamento, com especificação das provas a serem nela produzidas.

Nos itens 3.2.2.3.1, 3.2.2.3.2 e 3.2.2.3.3, supra, respectivamente, referentes aos procedimentos ordinário, sumário e relativo ao tribunal do júri, detalhamos todas as fases do processo e estimamos a duração razoável do processo, tempo que há de ser considerado como o de validade da prisão processual. Para não repetir tudo o que foi dito a respeito da duração razoável do processo, remetemos o leitor para verificar, nos itens em foco, o detalhamento sobre as fases de cada um dos procedimentos.

Cabe aqui, apenas, lembrar que, conforme o estudo aqui feito, os prazos são os seguintes:

I — Procedimento ordinário

a) Defesa constituída:

(a1) de regra: *105 (dias)*; ou

(a2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos anexados com a resposta, *112 (cento e doze dias)*; ou

(a3) razões finais por memórias, sem o item 2: *131 (cento e trinta e um dias)*; e

(a4) razões finais por memoriais, com o item 2: *138 (cento e trinta e oito dias)*.

b) Defesa pública ou dativa:

(b1) de regra: *115 (dias)*;

(b2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos anexados com a resposta: *122 (cento e vinte e dois dias)*;

(b3) razões finais por memoriais, sem o item 2: *146 (cento e quarenta e seis dias)*; e

(b4) razões finais por memoriais, com o item 2: *153 (cento e cinquenta e três)*.

II — Procedimento sumário

a) Defesa constituída:

(a1) de regra: *75 (setenta e cinco dias)*; ou

(a2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos anexados com a resposta: *82 (oitenta e dois dias)*; ou

b) Defesa pública ou dativa:

(b1) de regra: *85 (oitenta e cinco dias)*; ou

(b2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos anexados com a resposta: *92 (noventa e dois dias)*.

III — Procedimento relativo ao tribunal do júri

a) Defesa constituída:

(1) de regra: *135 (cento e trinta e cinco dias)*; ou

(2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos

anexados com a resposta: 142 (*cento e quarenta e dois dias*); ou
 (3) sentença em gabinete, sem o item 2: 145 (*cento e quarenta e cinco dias*); ou
 (4) sentença em gabinete, com o item 2: 152 (*cento e cinquenta e dois dias*).

b) Defesa pública ou dativa:

(1) de regra: 145 (*cento e quarenta e cinco dias*); ou

(2) se houver intimação do Ministério Público para falar das preliminares e/ou documentos anexados com a resposta: 152 (*cento e cinquenta e dois dias*).

(3) sentença em gabinete, sem o item 2: 155 (*cento e cinquenta e cinco dias*); ou

(4) sentença em gabinete, com o item 2: 162 (*cento e sessenta e dois dias*).

Porém, sendo o processo da competência da justiça federal, devido à circunstância de o prazo para a conclusão do inquérito policial ser de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual prazo, a duração razoável do procedimento ordinário pode variar entre 110 (cento e dez) a 178 (cento e setenta e oito) dias; do sumário entre 80 (oitenta) e 107 (cento e sete) dias; e do tribunal do júri, quanto à primeira fase, entre 140 (cento e quarenta) e 187 (cento e oitenta e sete) dias.

Ainda que desnecessário, cabe salientar que a validade temporal da prisão preventiva não comporta apenas um exame aritmético da contagem dos prazos. Várias e várias circunstâncias podem implicar em prolongamento do trâmite processual. De fato, um processo, por exemplo, com 10 (dez), 20 (vinte), 30 (trinta) ou mais acusados, com excessivo número de testemunhas ou mesmo com testemunhas residentes em outros estados ou no exterior, necessariamente, com a expedição de carta precatória ou rogatória, terá tramitação mais alongada, sendo impossível o cumprimento, em si dos prazos.

Deve-se atentar, ainda, para a inteligência da Súmula 64 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.” Em muitos casos, quando ocorre a decretação da prisão, a defesa inicia com série interminável de intervenções, muitas delas meras repetições de pedidos de relaxamento ou de revogação da prisão preventiva, ademais da utilização de outros meios, no afã de retardar o andamento do processo e, em seguida, interpor habeas corpus¹²⁵².

Apesar do que foi dito em relação à súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça no item 5.1.9, *infra*, também há de ser levado em consideração o enunciado naquele verbete, segundo o qual, “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.”, de modo que a demora na prolação da sentença, em rigor, diante de eventual habeas corpus sob o fundamento de constrangimento ilegal, o pleito deve ser recebido como reclamação, a ensejar a determinação para que o juiz dê prioridade ao julgamento do feito.

Finalmente, a Lei nº 13.964, de 2019, malgrado não tenha estipulado um prazo máximo de duração da prisão preventiva, estabeleceu regra quanto a sua *prorrogação e revisão*. A prorrogação está prevista no art. 3º-B, VII, enquanto a revisão no art. 316, parágrafo único, ambos do CPP. A prorrogação não se confunde com a revisão.

Esse *distinguishing* é importante, pois o legislador alvitra um tratamento normativo diferente entre a prisão na fase da investigação e na do processo. Até esse momento, nunca tinha havido uma clara distinção normativa entre a prisão preventiva decretada nas fases investigatória e processual.

Ademais disso, depois da revogação da prisão decorrente da sentença condenatória ou da decisão de pronúncia, deixou de existir qualquer distinção entre a prisão preventiva decretada sem um *juízo de culpa*, daquela que ocorre, ainda que na qualidade de medida cautelar, com a própria sentença ou acórdão condenatório.

Todavia, como se verá mais adiante, diante do disciplinamento dos institutos da prorrogação e da renovação da prisão preventiva, inovando sobremaneira sobre a matéria, nota-se que o legislador levou em conta as fases da persecução criminal, a fim de estabelecer controle mais ou menos rígido do lapso temporal de duração da prisão cautelar.

¹²⁵² Em alguns casos, quando são vários os acusados, cada advogado cuida de fazer pedidos diferentes, esgotando a capacidade decisória do órgão jurisdicional. No meio forense, há quem denomine essa prática como tática do cansaço.

6.2.5.3.1. Prazo máximo de duração da prisão preventiva na fase da investigação e aspectos referentes à prorrogação

Malgrado não exista nenhum dispositivo legal estabelecendo expressamente prazo máximo para a prisão preventiva, para todos os efeitos, pelos menos quando imposta na fase da investigação, há um prazo fatal para a duração da custódia cautelar.

De fato, nos termos do § 2º do art. 3º-B, do CPP, “Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada”.

É interessante notar que o legislador, em verdade, não disciplinou o prazo da prisão preventiva. À primeira vista, a norma em foco se ocupa do prazo de duração do inquérito policial, quando o investigado está preso. Todavia, por via oblíqua, o preceito normativo estabelece o prazo que uma pessoa pode permanecer presa tendo como suporte uma investigação pendente de conclusão, situação, convenhamos, deveras precária.

Sem fazer qualquer tipo de distinção quanto à espécie de prisão processual, se preventiva ou mesmo temporária, asseverou o legislador, de forma imperativa, que, estando preso o investigado, o juiz só poderá prorrogar a duração do inquérito policial uma única vez, pelo prazo de até 15 (quinze) dias. O juiz pode, conforme a dicção literal da norma jurídica, fixar um prazo inferior, nunca, porém, superior, quando da prorrogação.

Não obstante o legislador, em primeira nota, esteja delimitando o prazo da *duração razoável da investigação* quando o investigado se encontra preso, em rigor, tratou de definir o prazo de validade da prisão nessa fase. Tanto assim é que a consequência para o descumprimento do lapso temporal não é a anulação do procedimento apuratório, mas, sim, da cautelar detentiva em si. Vencido o prazo da prorrogação, a investigação poderá até continuar, porém, não com o investigado preso.

Por conseguinte, tratando-se da fase investigatória, o prazo da *prisão provisória* – compreende, como visto, tanto a preventiva quanto a temporária –, de regra, é o previsto para a conclusão do inquérito policial, na justiça estadual, 10 (dez) dias (art. 10, primeira parte, do CPP) e, na justiça federal, 15 (quinze) dias (art. 66, primeira parte, da Lei nº 5.010, de 1969).

Em ambos os casos, a prorrogação só é admissível uma única vez, por no máximo mais 15 (quinze) dias. Portanto, no âmbito da justiça estadual, o prazo máximo da prisão preventiva, computada a possibilidade de prorrogação, é de 25 (vinte e cinco) dias. Na justiça federal, do mesmo modo, é de 30 (trinta) dias. A incongruência, como se observa, é que na justiça estadual, o tempo da prorrogação (15 dias) é superior ao prazo ordinário (10 dias).

Não se há de negar que, mesmo antes do *Pacote Anticrime*, em razão dos termos do art. 10, *caput*, do CPP, tendo sido determinada a prisão preventiva na fase da investigação, isso acarretava como consequência a necessidade da conclusão do inquérito policial no prazo de 10 (dez) dias, contado a partir de quando se deu o recolhimento ao estabelecimento penal, sob pena de revogação da prisão. Mas se tratava, apenas, de entendimento doutrinário e jurisprudencial, a despeito de comportar tergiversação quanto a essa consequência, pois não havia prescrição legal expressa a respeito.

A despeito de o prazo, com a inclusão do § 2º do art. 3º-B do CPP, ter sido ampliado em mais 15 (quinze) dias diante da possibilidade da prorrogação da conclusão da investigação, restou inserta *regra peremptória* afirmando que, extrapolado esse lapso temporal, a *prisão será imediatamente relaxada*.

Pena que a Resolução do CNJ nº 417, de 2021, não cuidou de deixar expressa regra quanto à necessidade de o sistema eletrônico do BNMP 3.0, para fins de melhor fiscalização, ser dotado de alerta automatizado quanto à proximidade do exaurimento do prazo para a prorrogação da prisão

preventiva na fase da investigação, assim como fez em relação à prisão temporária¹²⁵³ e, ainda, quanto à renovação da prisão preventiva na fase do processo¹²⁵⁴. Todavia, a interpretação teleológica permite conclusão no sentido de que a regra referente à prisão temporária se aplica à prisão preventiva no curso da investigação, de modo que o BNMP 3.0 deve possuir alerta período, com antecedência de 2 (dois) dias, quanto à avaliação da necessidade da prorrogação.

Observe-se que a norma contida no § 2º do art. 3º-B do CPP não falou em *concessão do direito à liberdade provisória*, mas em *relaxamento prisão*, o que ocorre quando se considera o encarceramento ilegal. Assim, por expressa disposição legal, depois da prorrogação, a prisão na fase da investigação é considerada ilegal, pelo que deve ser providenciado o seu relaxamento.

Desse modo, conforme salientado no item acima, com a inclusão do art. 3º-B, § 2º, do CPP, ficou evidenciado que a prisão preventiva na fase da investigação passa a ter um prazo fatal, de 20 (vinte e cinco) ou 30 (trinta) dias, a depender, respectivamente, se a investigação é conduzida pela polícia civil ou pela polícia federal.

À primeira vista, esse tratamento normativo se harmoniza com a prisão temporária, pois essa espécie de medida cautelar detentiva possui, como regra, o prazo máximo de cinco dias, prorrogável, uma única vez, por igual período (art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.960, de 1989). Por conseguinte, para todos os efeitos, quando se trata de prisão temporária, o prazo máximo da custódia é menor, ou seja, no máximo de dez dias.

Acontece que, quando se cuida de crime previsto na Lei dos Crimes Hediondos, o prazo da prisão temporária é de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual prazo, ou seja, o total pode alcançar 60 (sessenta) dias (art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072, de 1990).

Portanto, paradoxalmente, em algumas situações, a regência normativa emprestada à prisão temporária faz com que essa espécie de medida cautelar de ordem pessoal seja mais rigorosa do que a preventiva e, por isso mesmo, pode vir a ser da preferência da autoridade policial, do Ministério Público e mesmo do juiz, como estratégia para dispor de prazo mais elástico na condução do inquérito, na situação em que o investigado está preso.

Essa estratégia, porém, não parece ser razoável, conforme será tratado do item 6.2.6.2, *infra*.

De outra banda, em consonância com o art. 3º-B, VI, do CPP, cabe ao juiz das garantias, no monitoramento da legalidade da investigação criminal, “*prorrogar a prisão provisória* ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, *no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral...*” (Grifos acrescentados). Repita-se, uma vez mais: o legislador não fala em prorrogar a *prisão preventiva*, mas, sim, a *prisão provisória*, que é gênero e tem como espécies as prisões preventiva e temporária.

De mais a mais, a parte final da norma ressalta que, no caso de *prorrogação*, que diz respeito à prisão na fase investigatória, há de ser observado o *contraditório*, esclarecendo, ainda, que o exercício desse direito precisa ocorrer em *audiência pública e oral*. Para fins de prorrogação, portanto, não basta pedido nesse sentido, pois é imprescindível que o juiz designe audiência para tanto, na qual devem ser ouvidas as partes, aí incluído o preso, e proferida a decisão.

No ponto, resta indagar o porquê de o legislador não ter se contentado em assegurar o direito ao contraditório, na medida em que foi mais longe e garantiu o *direito à audiência pública*. Parece evidente que o legislador, levando em consideração a precariedade da custódia que tem amparo em uma mera investigação não concluída, teve em mira conferir ao preso o direito de audiência perante o juiz responsável pela decisão quanto ao seu direito de liberdade.

Assim, para além do direito da audiência de apresentação (custódia) quando da realização da prisão (em flagrante ou decorrente de ordem judicial), o mesmo é assegurado ao investigado em se tratando da possibilidade de *prorrogação* do prazo da medida cautelar. Em outras palavras, o contraditório assegurado implica, igualmente, no direito do investigado preso se fazer ouvir previamente pelo juiz competente para decidir pela prorrogação, ou não.

¹²⁵³ Cf. item 6.2.6.2, *infra*.

¹²⁵⁴ Cf. item 6.2.5.3.1, *infra*.

A conclusão que se tem é que se apresenta eivada de vício de ilegalidade a decisão de prorrogação da prisão se tal não ocorrer em audiência pública, com as participações do Ministério e da defesa, além da oitiva do preso.

6.2.5.3.2. A prisão preventiva na fase do processo e o prazo nonagesimal da renovação

Quanto à prisão preventiva no curso do processo, embora não tenha sido escrito um prazo fatal, o legislador cuidou de determinar, assim como já tinha previsto o CNJ por meio de resolução – solenemente ignorada pela expressa maioria dos juízes –, a necessidade de renovação periódica, a cada noventa dias, mediante decisão fundamentada.

O dispositivo ficou assim redigido: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias,, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

Cuida-se, como se vê, de um *prazo de revisão*, não de um *prazo de duração*. No ponto, Rogério Schietti¹²⁵⁵ adverte que esse regramento segue as diretrizes apontadas por legislações mais modernas, como as de Portugal, Alemanha e da Costa Rica, mediante a concepção de um *procedimento examinatório*.

Essa norma é sobremaneira importante e, fatalmente, terá o condão de diminuir, sensivelmente, o número de prisões preventivas. E os números a respeito revelam que essa estratégia tem obtido resultado positivo. Com efeito, conforme divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, a partir de 2018 tem havido uma tendência de diminuição da população carcerária em geral¹²⁵⁶.

Nesse embalo, o percentual de presos provisórios que era de 30,43% em 2019, com pouco mais de um ano de vigência da norma, diminuiu para 29,66% em 2020 e, até junho de 2021, baixou mais ainda para 28,49%¹²⁵⁷.

É certo que a diminuição do número de presos provisórios tem sido fomentada também por outros fatores¹²⁵⁸. Ainda assim, resta escancarado que a exigência da revisão periódica da prisão preventiva teve o condão de contribuir para a diminuição da quantidade de prisões preventivas, senão por outro motivo, diante da carga de trabalho que isso representa para o magistrado, sem mencionar o ônus argumentativo para a manutenção do encarceramento.

Do mesmo modo como na prorrogação, a consequência para a desobediência ao *prazo de renovação* é a caracterização da ilegalidade da prisão, de modo a conferir ao preso o direito ao seu relaxamento. Com efeito, conquanto tem estabelecido a necessidade da renovação periódica, na parte final do parágrafo único do art. 316 do CPP está dito que essa providência há de ser adotada pelo juiz, *sob pena de tornar a prisão ilegal*”.

Apesar de o legislador, de forma cogente, ter estabelecido a consequência processual para a inobservância do prazo de renovação do juízo de necessidade da manutenção da custódia cautelar,

¹²⁵⁵ **Prisão Cautelar:** dramas, princípios e alternativas. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 347-348.

¹²⁵⁶

Disponível

em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWxYjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6IjE2ViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 2 mar. 2022.

¹²⁵⁷

Disponível

em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWxYjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6IjE2ViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 2 mar. 2022.

¹²⁵⁸ Estreme de dúvidas que essa diminuição da população carcerária em geral, notadamente no pertinente aos presos provisórios, decorre, igualmente, da Súmula Vinculante nº 56 (“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”), da implementação da audiência de custódia e da Recomendação do CNJ nº 62, de 2020, que determinou a diminuição do encarceramento durante o período da pandemia da Covid-19.

qual seja, o relaxamento da prisão, a jurisprudência tem apontado para outra direção, diante do entendimento sufragado pela Excelsa Corte, ao ter sob apreciação o HC 191.836/SP¹²⁵⁹.

O processo em tela chamou a atenção de toda a sociedade, posto que o Ministro Marco Aurélio revogou a prisão preventiva, ao argumento de descumprimento pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região da regra plasmada no parágrafo único do art. 316 do CPP, quando o processo se encontrava na fase recursal, pelo que determinou a soltura de integrante de facção criminosa, mais conhecido pela alcunha de *André do Rap*¹²⁶⁰.

A liminar foi suspensa pela presidência da Corte e, no julgamento do mérito, sendo vencido o relator, ficou consignada, na ementa do acórdão da lavra do Ministro Alexandre de Moraes¹²⁶¹, a posição de que “... o transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não acarreta, automaticamente, a revogação da prisão preventiva e, consequentemente, a concessão de liberdade provisória”.

Indo mais além, em seu voto, considerou o Ministro Alexandre de Moraes que a intenção do legislador com o enxerto do parágrafo único no art. 316 do CPP foi a de estabelecer a necessidade da *revisão periódica* das prisões preventivas, evitando que, assim, as pessoas fiquem encarceradas por longo tempo, a despeito de ainda não exarada sentença condenatória.

Portanto, como forme salientado no voto em referência, a pretensão legislativa não foi de estabelecer um *prazo fatal* para a prisão preventiva, tal qual ocorre na prisão temporária.

Há de se concordar com a assertiva de que a norma em exame não teve o condão de estabelecer um prazo máximo de duração da prisão preventiva, porquanto cuidou, em verdade, de estabelecer a necessidade da reanálise ou revisão pelo julgador dos fundamentos reclamados para a imposição da medida detentiva. À vista disso, ao contrário do que sucede com a prisão temporária, não basta o vencimento do prazo nonagesimal em si da preventiva para a caracterização do direito ao relaxamento da prisão.

Até porque pode haver alguma demora na decisão, a exemplo da necessidade de oitiva das partes ou outra justificativa plausível. Mas não parece adequado deixar de reconhecer a ilegalidade da prisão, na hipótese em que ultrapassado o prazo sem qualquer justificativa, notadamente quando isso se verifica por prazo desarrazoado. Em casos tais, a ilegalidade é patente e deve ser aplicada a regra processual que compele a decisão pelo relaxamento da custódia, sob pena de o preceito normativo perder a sua razão de ser.

Se o legislador merece aplauso pela forma precisa e direta como dispôs quanto ao efeito processual da ausência de renovação da prisão preventiva a tempo, o mesmo não se diga em relação a outras questões tratadas na norma jurídica em estudo. Quanto ao mais, a redação emprestada não foi das melhores, suscitando dúvidas no que pertine ao seu alcance.

O primeiro questionamento é no que concerne à expressão *órgão emissor da decisão*. O legislador poderia ter utilizado a expressão *juiz*, porém, preferiu órgão emissor. Talvez a intenção com o emprego da palavra tenha sido para abranger as situações em que a prisão preventiva é decretada em decisão monocrática ou colegiada de tribunal, mercê da competência originária ou recursal.

Todavia, a expressão *órgão emissor* dá a entender que, tendo o juiz decretado a prisão preventiva, ainda que o feito se encontre na fase recursal, perante o tribunal de segundo grau,

¹²⁵⁹ LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ROSA, Alexandre Moraes da. Um ano do pacote anticrime, conseguiremos mudar a cultura inquisitória? In: **Pacote anticrime: um ano depois**. (Kindle) São Paulo. Saraiva Educação, 2020, p. 87

¹²⁶⁰ O caso recebeu destaque nos meios de comunicação porque, na decisão monocrática que revogou a prisão, o Ministro Marco Aurélio determinou que o paciente, ao ser liberado, permanecesse na “... residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar possível transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade” (Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345763610&ext=.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021). O paciente, no entanto, como se sabe, tão logo saiu do cárcere, empreendeu fuga.

¹²⁶¹ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345763610&ext=.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

Superior Tribunal de Justiça ou mesmo o Supremo Tribunal Federal, ele persistirá com a missão de decidir se o acusado deve permanecer em custódia.

Às escâncaras, não parece razoável que o juiz de primeiro grau, tendo decretado a prisão preventiva, prossiga com o poder decisório sobre a medida cautelar, com a atribuição para realizar a revisão periódica da medida, quando o processo se encontra na fase recursal, em momento processual no qual já se tem por encerrado o seu ofício jurisdicional, devido à prolação da sentença.

Por outro lado, se assim não for, isso ocasionaria tumulto processual indesejável. Nem se argumente que no cenário do processo eletrônico, na prática, a manutenção da competência com a primeira instância para revisar a prisão preventiva seria plenamente possível. Ora, um processo, ainda que no formato eletrônico, não pode permitir atuação simultânea de magistrados de instâncias diferentes, sob pena de evidente *confusão processual*, com dois magistrados dirigindo e se pronunciando nos autos.

Por isso mesmo, quando o processo eletrônico se encontra na fase recursal, o feito não fica disponível para o primeiro grau, não podendo os servidores ou o juiz praticar atos, a não ser se e quando baixado em diligência. É assim que ocorre, por exemplo, no Processo Judicial Eletrônico, o denominado *PJe*.

Ademais, a regra é de que, sempre e sempre, a competência recursal compreende, se for o caso, o exame das medidas cautelares e a decisão quanto à sua manutenção ou revogação, ainda na hipótese em que tenham sido deferidas na instância *a quo*. De outra banda, a despeito da forma como redigida a norma, a interpretação mais razoável para o dispositivo é de que a necessidade dessa revisão periódica há de ser feita enquanto não houver a sentença ou acórdão condenatório.

É uma forma de controle maior quanto à supressão do direito de liberdade em estágio do processo no qual não há, ainda, um *juízo de culpabilidade* firmado pelo Judiciário, o que só se dá quando lavrada a decisão condenatória, ainda que passível de recurso.

A interpretação aqui emprestada tem o condão de reforçar o entendimento de que a nova lei passou a fazer tratamento normativo diferenciado, conforme seja a fase processual em que tenha sido decretada a prisão preventiva: (a) *na fase da investigação*, a prisão provisória, excepcionalmente, tem o prazo máximo de 25 (vinte e cinco) ou de 30 (trinta) dias, respectivamente, nos âmbitos estadual ou federal; (b) *na fase do processo de conhecimento*, a preventiva tem de ser revisada a cada noventa dias; (c) *na fase recursal*, após a existência de um juízo de culpabilidade, que advém com a condenação em primeiro grau ou tribunal (no caso de competência por prerrogativa de função), o controle da prisão se faz pela duração razoável, não sendo necessária a renovação nonagesimal.

No ponto, esse foi o entendimento firmado à unanimidade pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do AgRg no HC 569.701/SP, verificado na sessão de 09/06/2020, pois ali o relator, Ministro Ribeiro Dantas, asseverou, de forma peremptória, que o parágrafo único do art. 316 do CPP "... não se aplica aos Tribunais de Justiça e Federais, quando em atuação como órgão revisor"¹²⁶².

No mesmo passo, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o HC 589.544/SC, julgado em 08/09/2020, salientou que a obrigação de revisar a preventiva é "... imposta apenas ao juiz ou tribunal que decretar a prisão..."¹²⁶³. Com carradas de razão, salientou a relatora, Ministra Laurita Vaz, que "A inovação legislativa se apresenta como uma forma de evitar o prolongamento da medida cautelar extrema, por prazo indeterminado, sem formação de culpa. Daí o dever de ofício de o juiz ou o tribunal processantes declinarem fundamentos relevantes para

¹²⁶² Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863478145/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-569701-sp-2020-0077077-2/inteiro-teor-863478344?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 jul. 2021.

¹²⁶³ Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1970331&um_registro=202001440474&data=20200922&formato=PDF. Acesso em: 3 mar. 2021.

manter a segregação provisória”¹²⁶⁴.

Agregou a relatora em epígrafe que, proferida a sentença ou o acórdão condenatório, situação na qual já exercidos o contraditório e a ampla defesa, ademais de revisada a prisão com esteio no art. 387, § 1º do CPP, a impugnação (controle) da preventiva há de ser feita pelos meios recursais ordinários e, até mesmo, pela via do habeas corpus.

Essa questão pontual foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no exame do HC 191.836/SP. Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes chamou a atenção para a necessidade de se fazer uma interpretação sistemática entre o parágrafo único do art. 316 e o § 1º do art. 387, ambos do CPP, pois neste não há estipulação de prazo para a renovação da custódia.

Isto é, conforme sustentado pelo Ministro Alexandre de Moraes, quando a prisão preventiva é decretada ou mantida na sentença ou acórdão, essa medida, ainda que embasada no art. 312, *caput*, do CPP, escapa do controle nonagesimal, pois resta aparelhada com um *juízo de culpa*, exorbitando, assim, do escopo perquirido com a feitura do parágrafo único do art. 316 do Ordenamento Processual Criminal.

Ainda quanto ao parágrafo único do art. 316 do CPP, importa acrescentar que lá está dito, apenas, que o juiz deve fazer a revisão de ofício. Mas nada dispõe sobre a observância do contraditório. Prescreve o *tempo*, mas não o *modo* ou a *forma* procedimental. A circunstância de ser especificado que o juiz deve providenciar a revisão de ofício, ou seja, independentemente de provocação das partes, não quer dizer que seja adequado decidir sem conferir a oportunidade de prévia manifestação pelos interessados.

Em obséquio ao sistema acusatório, fulcrado na ampla defesa e no contraditório, o juiz deve fazer o controle da prisão adotando como procedimento abrir vista dos autos, antes de completar os 90 (noventa) dias, sucessivamente, ao Ministério Público e à defesa para que se manifestem, no prazo assinado, a respeito da manutenção da prisão. Como não há previsão desse prévio contraditório e, obviamente, não há muito menos prazo estipulado, o juiz deve assinar o prazo, que pode ser de 3 (três) dias, por exemplo, ou aplicar, subsidiariamente, o prazo de 5 (cinco) dias, inserto no § 3º do art. 282 do CPP.

Talvez até mesmo em razão desse necessidade do contraditório, a Resolução do CNJ nº 417, de 2019, estabeleceu que o sistema eletrônico do BNMP 3.0 deve ser dotado de ferramenta automatizando a emissão de alertas periódico quanto à necessidade de reavaliação de prisão provisória, com a antecedência de 10 (dez) dias.

E se há de ir mais longe a respeito da necessidade dessa prévia manifestação das partes, especialmente do Ministério Público. Tenha-se presente que, em consonância com o escopo das sucessivas reformas tópicas implementadas no CPP, o estágio de sedimentação do sistema acusatório alcançado com a vinda a lume da Lei nº 13.964, de 2019, não tolera mais decretação de prisão preventiva de ofício e, por consectário, a sua renovação, em situação na qual o Ministério Público, ao se manifestar a respeito, diga que a medida não é mais necessária.

Assim, caso o Ministério Público não peça a renovação da prisão, o juiz não pode renovar a preventiva, pois lhe é defeso fazê-lo de ofício, ou seja, sem provocação, sob pena de ofensa ao princípio acusatório.

Em tese, a renovação pode se dar tantas vezes quantas se sentir a sua necessidade. Não há uma limitação, pois, como se disse, não foi imposto um prazo fatal para a prisão preventiva no curso do processo. No entanto, paradoxalmente, não foi essa a orientação seguida pela Lei nº 12.850, de 2013, que trata do crime organizado. Ali está dito que o processo judicial seguirá o procedimento ordinário, devendo, porém, a instrução criminal “... se encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias, quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual prazo, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu” (art. 22, parágrafo único). Assim, para todos os efeitos, salvo situação extraordinária, o prazo máximo de duração da prisão preventiva durante o curso do processo, no caso de crime organizado, é de 240 (duzentos e quarenta) dias. Se assim é em relação

¹²⁶⁴ Ibid.

a um delito da gravidade do crime organizado e cujo processo é complexo, geralmente originado de grandes operações, envolvendo sempre, no mínimo, quatro acusados, comportando muitos documentos, com processos cautelares de quebra de sigilos bancário, fiscal e de dados, buscas e apreensões, prisões etc., a conclusão lógica é de que, para os crimes menos graves ou de apuração com menor complexidade, em hipótese alguma, o tempo de duração da prisão preventiva pode ser superior.

Desse modo, em rigor, a renovação da prisão preventiva em relação aos outros processos menos complexos ou a relativos a crimes menos graves, o juiz deve promover apenas, no máximo, duas renovações da prisão preventiva. Caso renove uma terceira vez, haverá a possibilidade de a preventiva durante o curso de processo ser igual a 270 (duzentos e setenta) dias, superior ao prazo previsto para os crimes de base organizativa.

Mesmo que não se adote, em sua inteireza, esse entendimento, o juiz deverá sempre ter em mente que, em obséquio à duração razoável da prisão, a renovação por mais de uma vez não deve ultrapassar os 240 (duzentos e quarenta) dias, a não ser que, na decisão, fundamentadamente, demonstre a *complexidade da causa* ou a *procrastinação* do trâmite processual por obra do acusado ou da defesa, aplicando, subsidiariamente, o que prescreve a parte final do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 12.850, de 2013.

Ainda quanto ao fundamento para a manutenção da prisão preventiva, merece especial atenção que não se aplica a exigência contida no art. 312, § 2º, do CPP, impondo que “A *decisão que decretar a prisão preventiva* deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de *atos novos ou contemporâneos* que justifiquem a aplicação da medida adotada” (grifos acrescentados).

Ora, se o acusado estiver preso, muito provavelmente deve ter cessado a sua atividade criminosa, de modo que, caso o recolhimento à prisão cumpra a sua finalidade, dificilmente o juiz vai dispor de *atos novos ou contemporâneos* para justificar a manutenção da medida, salvo quando evidenciado que ele, mesmo encarcerado, continuou praticando crimes por meio do envio de salves, o que, infelizmente, é parte da realidade dos presídios estaduais, quando se trata de líderes de organizações criminosas¹²⁶⁵.

Dessa forma, a justificativa para a manutenção na prisão pode ser a inexistência de elementos novos a amparar o argumento de que, uma vez solto, o acusado não irá reiterar a prática delitiva, prejudicar a instrução do processo ou comprometer a aplicação da lei penal, conforme tenha sido o fundamento ou fundamentos utilizados para a decretação da preventiva.

Isso sem prejuízo de se atentar para a circunstância de o preceito contido no art. 312, § 2º, do CPP, expressamente, se referir à *decisão que decretar a prisão preventiva*, não à *decisão de sua manutenção*. O que se quer dizer, sem rodeios, é que, para a renovação, não há, legalmente, a exigência de *atos novos ou contemporâneos*, mas, apenas, que *permanecem presentes os fundamentos* para a imposição da custódia.

Portanto, em relação à revisão da prisão preventiva, esculpida no parágrafo único do art. 316 do CPP, a decisão, em que pese deva ser fundamentada, não precisa se apoiar em fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida, bastando, para tanto, a demonstração de que persiste o quadro fático que determinou o aprisionamento.

Por fim, impõe ressaltar que, diferentemente do tratamento conferido à *prorrogação* (art. 3º-B, VI, do CPP), quando se trata da *renovação*, plasmada no parágrafo único do art. 316 do CPP, não há necessidade de que a matéria seja objeto de audiência específica nem muito menos da oitiva oral do preso. O juiz, claro, pode até designar audiência, caso queira ouvir o preso, mas isso não é necessário para a validade da *renovação*.

¹²⁶⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução penal no sistema penitenciário federal*. Natal: OWL, 2020, p. 122-123.

6.2.6. Prisão temporária

A Lei nº 12.403, de 2011, não trouxe, propriamente nenhuma alteração em relação à Lei nº 7.960, de 1989, lei específica que disciplina a prisão temporária. O mesmo se diga quanto à Lei nº 13.964, de 2019.

Restou mantida, portanto, a sistemática do tratamento normativo em lei especial da medida processual em referência. Porém, o legislador, com desengano acerto, cuidou de, pela primeira vez, fazer constar a prisão temporária como espécie de medida cautelar pessoal, ao preceituar que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” (art. 283, caput, do CPP redação da Lei nº 12.403, de 2012)¹²⁶⁶.

Com redação mais técnica, a Lei nº 13.964, de 2019, alterou o caput do art. 283 do CPP, a fim de deixar consignado que “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de *prisão cautelar* ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (Grifo acrescentado).

Essa iniciativa, aliada ao argumento de que as alterações trazidas pela Lei nº 12.403, de 2011, complementadas pela Lei nº 13.964, de 2019, introduziram regras para as medidas cautelares em geral, especialmente para todas aquelas classificadas como pessoais, dissipa qualquer dúvida de que se faz necessária a releitura da prisão temporária, tendo em consideração os princípios e regras gerais estabelecidos, a começar, notadamente, pelo seu caráter subsidiário, ou seja, de que a sua decretação pressupõe não ser adequada e suficiente a imposição de cautelar diversa¹²⁶⁷.

Cabe relembrar, como já foi salientado, que, na sua redação originária, o Código de Processo Penal fez a previsão de duas espécies de prisão processual: (a) prisão com prévia ordem judicial, a preventiva, a decorrente da sentença recorrível e a da decisão de pronúncia; (b) prisão sem ordem judicial, a chamada prisão em flagrante.

Deixando de lado as duas outras modalidades de prisão com ordem judicial que, até mesmo, não são mais previstas em nosso sistema, cabe notar que a prisão preventiva, como vimos, era dividida em obrigatória e facultativa. Com as modificações tópicas ocorridas no decorrer do tempo, especialmente em razão da Lei nº 6.416, de 1977, a prisão processual passou a ter efetiva natureza cautelar, sendo eliminadas a prisão preventiva obrigatória e a prisão em flagrante em si. A partir da inserção do então parágrafo único do art. 310 do CPP por obra da Lei nº 6.416, de 1977, o flagrante em si deixou de ser justificativa para que alguém ficasse preso, sendo necessário, de toda sorte, que o juiz, ao examinar o auto, decrete, ou não, a prisão preventiva.

Com a atecnia e a linha autoritária que é a marca registrada de sua redação originária, o Código de Processo Penal previu a possibilidade de que fosse determinada a *incomunicabilidade do indiciado*, por despacho nos autos, “... quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir...” (art. 21, caput), sendo ressaltado, no parágrafo único, apenas que essa medida não poderia exceder a 3 (três) dias. Era a chamada *incomunicabilidade*.

A forma como redigido o dispositivo, embora com algumas vozes em contrário, levou a doutrina a defender que era da alçada da autoridade policial decidir sobre a incomunicabilidade, e que essa medida implicava na proibição de contato do agente com qualquer outra pessoa, “... exceto com a autoridade ou funcionários devidamente autorizados, no exercício de suas funções e em

¹²⁶⁶ Essa disciplina, antes da segunda etapa da Reforma Tópica, estava no art. 282, o qual estabelecia que “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.” Tendo desaparecido, já com a primeira etapa da Reforma Tópica implementada em 2008, todas as outras hipóteses de prisão processual, senão a preventiva e a temporária, o conteúdo da norma em destaque teria de ser alterado. A modificação foi providenciada pela Lei nº 12.403, de 2011, e o enunciado, sofreu nova alteração com a Lei nº 13.964, de 2019.

¹²⁶⁷ Cf. item 6.1.5, supra.

assunto relativo a elas”¹²⁶⁸.

Mesmo àquela época, o viés autoritário do dispositivo era alvo de acirrado debate, especialmente porque, ainda que por lapso temporal exíguo, não se pode impedir o direito do agente de se entrevistar com o seu advogado. A norma em destaque encerrou muita discussão quanto ao seu alcance, pois havia quem defendesse que, sendo a decisão da autoridade policial, exarada no interesse da investigação levada a efeito por meio do inquérito, a incomunicabilidade se estendia, até mesmo, à pessoa do juiz. A posição majoritária, porém, firmou-se no sentido de que a incomunicabilidade não se estendia ao juiz, pois, a despeito da forma como redigida a norma, para todos os efeitos, o preso ficava sob a autoridade deste.

Diante da discussão sobre se a incomunicabilidade alcançava, ou não, a figura do advogado, a Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963 — antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil —, no art. 89, III, em homenagem ao princípio da ampla defesa, assegurou ao advogado a prerrogativa de se entrevistar com o seu cliente, ainda que ele tivesse contra si decretada a incomunicabilidade¹²⁶⁹.

Todavia, o discurso jurídico contra o autoritarismo da norma encartada no art. 21, do CPP, findou conferindo azo à modificação do seu parágrafo único pela Lei nº 5.010, de 1966, o qual passou a ter a seguinte redação: “A incomunicabilidade, que não excederá de 3 (três) dias, será decretada por despacho fundamentado do juiz, a requerimento do Ministério Público, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no art. 89, III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963)”. Essa alteração, é verdade, minorou o viés policialesco do dispositivo, na medida em que restou esclarecido que a autoridade competente para a decisão era o juiz, ao tempo em que ressaltou a prerrogativa do contato do advogado com o *preso*.

A expressão *preso* empregada acima é correta, pois, para todos os efeitos, o legislador subconstitucional chamou de *incomunicabilidade* o que, em rigor, era espécie de prisão; aliás, não de uma prisão qualquer, pois não se resumia ao recolhimento em estabelecimento carcerário, mas a situação em que o agente ficava *preso e incomunicável*, para não atrapalhar as investigações.

A decretação da incomunicabilidade servia para que a autoridade policial, na condução do inquérito, pudesse ter facilitada a sua atividade investigatória, não apenas pelo fato de imobilizar o indiciado, como diante da circunstância de tê-lo, a todo e qualquer tempo, a sua disposição, para fins de realização de infundáveis e cansativos interrogatórios. Via de regra, a incomunicabilidade precedia a prisão preventiva e servia de instrumento para que, quando ainda não existentes elementos suficientes para pedir esse tipo de tutela cautelar, tornasse possível aprofundar as investigações, no desiderato de que fossem produzidas as provas necessárias para tal finalidade. Em outros casos, conquanto o agente já estivesse recolhido à prisão, era pedida a decretação da incomunicabilidade para, assim, a autoridade policial ficar mais *à vontade* com o preso.

Por se tratar, portanto, de medida mais severa ainda do que a prisão, desde sempre houve discussão quanto a sua constitucionalidade¹²⁷⁰. Finalmente, com a Constituição de 1988, em virtude do disposto no art. 136, IV, que veda a *incomunicabilidade do preso* até mesmo na excepcionalidade da vigência do estado de defesa, restou consolidado o entendimento quanto à revogação do art. 21, caput e parágrafo único, e, ainda, as então admitidas *prisões para averiguações*, que eram feitas pela autoridade policial, sem prévia ordem do juiz, especialmente em casos de embriaguez.

Revogada a incomunicabilidade do preso, teve início movimento, patrocinado por

¹²⁶⁸ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro**. v. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 125. Câmara Leal explica que “Essa medida existia no processo penal desde épocas remotas, dando-nos dela notícia os antigos praxistas lusitanos. Dela cogitavam os alvarás de 7 de agosto de 1702 e de 5 de março de 1790.” (Idem).

¹²⁶⁹ Hoje Lei nº 8.906 de 1994, art. 7º, III.

¹²⁷⁰ Câmara Leal dá conta de que “Com a Constituição Política de 1824, surgiram divergências entre os criminalistas pátrios se a incomunicabilidade permanecia em nosso direito positivo, ou havia sido ab-rogada pelo art. 178, § 8º, da referida Constituição, que determinava a entrega ao preso da nota de culpa dentro de 24 horas.” (**Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro**, p. 125).

representações da classe dos agentes policiais, no sentido de suprir o que seria a lacuna deixada diante do entendimento da revogação do art. 21 do Código de Processo Penal¹²⁷¹ pela Constituição de 1988. Essa intenção é revelada às escâncaras, com a simples leitura da exposição de motivos da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que criou a chamada prisão temporária.

Na exposição de motivos, está dito que a finalidade da lei em destaque seria "... permitir que a autoridade policial, diante da prática de um crime, não possuindo ainda elemento de prova que permitiria a prisão, e na ausência do flagrante, permaneça com o investigado sob a sua disposição, com o fim de proceder à coleta de elementos demonstrativos de autoria e materialidade"¹²⁷², pelo prazo máximo de cinco dias, "... durante os quais o indiciado poderá ficar *incomunicável*, medida necessária para o êxito das investigações sem exclusão, portanto, da possibilidade de sua entrevista com o advogado." (Grifo acrescentado)¹²⁷³. Note-se que na exposição de motivos falou-se, abertamente, que a real intenção da norma era que a prisão temporária fosse o instrumento para que o agente ficasse *incomunicável*.

Por isso mesmo, Valdir Sznick¹²⁷⁴, com suporte na análise da exposição de motivos e do conteúdo da lei que instituiu a prisão temporária, sem rodeios, sustenta que o verdadeiro e único objetivo foi o de dar à polícia, sob outra forma, após a Constituição de 1988, "... maior alcance no que se refere às prisões, as chamadas 'prisões para averiguações', que eram ilegais, mas que a autoridade policial teimava em fazê-las e o Poder Judiciário a fechar os olhos como se a mesma não existisse"¹²⁷⁵.

O que se pretendia, efetivamente, era legalizar a praxe mantida pela polícia, mesmo depois da Constituição de 1988, de efetuar prisões sem ordem judicial, pois, conforme Liberato Pova e Anthony Steveson, a despeito da vedação constitucional, antes do irromper da Lei nº 7.960, de 1989, "... já era comum ouvirem-se comentários sobre prisões para averiguação e até mesmo corretivas, em nome de um trabalho ágil e competente da polícia, mas violadoras dos mais notórios preceitos constitucionais, concebíveis como medidas típicas de regimes de exceção"¹²⁷⁶.

A Lei nº 7.960, de 1989, até mesmo em razão dos termos da exposição de motivos, foi severamente atacada pela doutrina, sendo identificada a sua inconstitucionalidade, porquanto seria uma espécie de prisão processual sem natureza cautelar. Essa corrente de pensamento parte de uma interpretação literal do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989¹²⁷⁷, consubstanciada na assertiva de que,

¹²⁷¹ Não se trata de inovação brasileira, pois é prevista em outras legislações, como a portuguesa, espanhola, francesa, italiana e americana (Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**, p. 392; BOAS, Marco Anthony Steveson; PÓVOA, José Liberato da Costa. **Prisão temporária**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 31).

¹²⁷² SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994, p. 484.

¹²⁷³ SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**, p. 485.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, p. 485.

¹²⁷⁵ Como reporta Valdir Sznick, quando da edição da lei em referência, instituindo, em nosso meio, a prisão temporária, houve muita discussão a respeito de sua constitucionalidade, e mesmo de sua real necessidade. Contra, Cf. CENEVIVA, Walter. Folha de São Paulo, 9 de novembro de 1980, p. 58; BASTOS, Márcio Thomas. *Jornal do Advogado*, 1980, nº 67, p. 3; FLACH, Luiz Maria. *Prisão cautelar e plantão judicial*. *Ajuris*, nº 27. p. 107. A favor, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, p. 530-535; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, p. 392-396; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 3, p. 348; BOAS, Marco Anthony Steveson; PÓVOA, José Liberato da Costa. *Prisão temporária*, p. 34-36; CARVALHO, Luiz Augusto Grandinetti. **O processo penal em face da constituição**, p. 116; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Constitucionalidade da prisão temporária**. *Cadernos de doutrina e jurisprudência da Associação Paulista do Ministério Público*, São Paulo, 1993, 27/49.

¹²⁷⁶ BOAS, Marco Anthony Steveson; PÓVOA, José Liberato da Costa. **Prisão temporária**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994., p. 29.

¹²⁷⁷ Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

como o legislador, na enumeração dos incisos I, II e III, não se utilizou da conjunção aditiva “e”, para a decretação da prisão temporária basta, apenas, uma das situações ali especificadas, ou seja, as hipóteses dos incisos seriam alternativas¹²⁷⁸.

Portanto, seria suficiente para a imposição da prisão temporária o fato de o agente não ter residência fixa ou, então, ter praticado um dos crimes indicados na referida lei. Essa linha de pensamento admite a prisão temporária independentemente da demonstração de sua necessidade, o que acentuava a inconstitucionalidade da lei.

Contra essa posição, surgiu uma segunda corrente, também com base em exegese literal, procurando conferir interpretação da lei conforme a Constituição de 1998, a qual defende exatamente o oposto, com o argumento de que como o legislador, ao contrário da forma como procedeu ao redigir o art. 312 do Código de Processo Penal, não fez uso da conjunção alternativa “ou”, tem-se que para a decretação da prisão temporária haveria de reclamar-se a satisfação cumulativa dos três fundamentos estampados nos incisos I, II e III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989¹²⁷⁹.

Por fim, apareceu a terceira corrente, a mais aceita, segundo a qual, resguardando a natureza cautelar da prisão temporária, entende que sempre tem de estar presente a motivação do inciso III da lei em referência, conjugada com uma das duas encartadas nos incisos I e II. Em verdade, conforme visto, como a circunstância em si de o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, II, da Lei nº 7.960, de 1989), sem a demonstração da necessidade para a instrução do inquérito, não justifica a decretação da prisão temporária, tem-se que, para todos os efeitos, sempre e sempre, é preciso que esteja satisfeito o fundamento do inciso I da Lei em foco¹²⁸⁰.

Em verdade, como se verá mais adiante, para fins de prisão temporária, exige-se que, sempre e sempre, estejam presentes o inciso I e III do art. 1 da Lei nº 7.960, de 1989.

Com suporte nessa terceira corrente, a par de ser feita interpretação conforme a Constituição da Lei nº 7.960, de 1989, consolidou-se o entendimento de que a prisão temporária é uma espécie do gênero prisão processual, de modo que possui natureza cautelar, com requisitos e fundamentos que, em certa medida, são iguais aos reclamados para a prisão preventiva¹²⁸¹.

Essa é a posição adotada neste livro, com esclarecimento feito linhas acima de que, em rigor, necessariamente, para a decretação da prisão temporária, terá de ser demonstrada a satisfação do exposto nos incisos I e III da Lei 7.960, de 1989.

Antes de passar a tratar das demais questões afetas à prisão temporária, cabe lamentar a circunstância de o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica não ter tratado de revogar, expressamente, o art. 21, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal. Isso se explica, pelo fato de a Comissão da Reforma Tópica, constituída pelo Executivo, ter cuidado da revogação no Projeto de Lei nº 4.209, de 2001, que ainda não foi aprovado no Congresso Nacional.

De toda sorte, ao ser aprovada a Lei nº 12.403, de 2011, sem que o Projeto de Lei fosse ou já tivesse sido aprovado, caberia ao legislador ter inserido o art. 21, caput e parágrafo único, no

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

¹²⁷⁸ MIRABETE. Julio Fabbrini, **Processo penal.**, p. 393.

¹²⁷⁹ CARVALHO, Luiz Augusto Grandinetti. **O processo penal em face da constituição**, p. 115.

¹²⁸⁰ Cf. item 6.2.5.1.4, supra.

¹²⁸¹ Cf. itens 6.1.6, 6.1.6.1 e 6.1.6.2, supra.

rol dos dispositivos do CPP expressamente revogados¹²⁸².

A mesma crítica há de ser lançada ao legislador da Lei nº 13.964, de 2019, que deveria ter normatizado o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no que pertine à revogação do art. 21, caput e parágrafo único, do CPP, a partir da Constituição de 1988.

6.2.6.1. Hipóteses de admissibilidade da prisão temporária

Ao contrário da prisão preventiva, as hipóteses de admissibilidade da prisão temporária são bastante restritas. Além disso, a despeito de seu viés autoritário, seguiu a orientação do sistema acusatório, na medida em que não previu a possibilidade da decretação da prisão temporária de ofício.

Desde o início, para a sua decretação, sempre foi exigido requerimento do Ministério Público ou representação de autoridade policial, ademais de deixar expresso que o único fundamento cabível diz respeito à necessidade da medida por ser imprescindível para as “... investigações do inquérito policial”.

E aqui já há de se identificar uma questão importante. O legislador, expressamente, disse que a “Caberá a prisão temporária... quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”. Ele não disse que é admissível nos casos de investigações, pois fez referências, apenas, a um tipo de investigação, aquela que é objeto de *inquérito policial*. É possível que não tenha sido a intenção deliberada do legislador fazer esse tipo de restrição, de modo que a redação do dispositivo tenha sido originada da circunstância de ele não ter atentado para investigações criminais conduzidas por outras autoridades, como os Procedimentos de Investigação Criminal instaurados e dirigidos por membros do Ministério Público.

Seja como for, o princípio da legalidade que deve orientar o intérprete em normas processuais de conteúdo misto, especialmente das que tratam a respeito do direito de liberdade, impõe o entendimento de que esse tipo de prisão cautelar só é cabível quando se tratar de inquérito policial. E, claro, a temporária só pode ser decretada na fase do inquérito, não sendo admissível na fase processual.

De outra banda, ao contrário da prisão preventiva, que é cabível, em regra geral, para todo e qualquer crime cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos, a admissibilidade da prisão temporária é circunscrita, apenas, aos crimes expressamente identificados na Lei nº 7.960, de 1989, e na Lei nº 8.072, de 1990.

Conforme o inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, a prisão temporária caberá nos seguintes crimes: (1) homicídio doloso; (2) sequestro ou cárcere privado; (3) roubo; (4) extorsão; (5) extorsão mediante sequestro; (6) estupro; (7) atentado violento ao pudor; (8) raptio violento; (9) epidemia com resultado de morte; (10) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; (11) quadrilha ou bando; (12) genocídio; (13) tráfico de drogas; (14) crimes contra o sistema financeiro; (15) crimes previstos na Lei de Terrorismo, incluídos pela Lei nº 13.260, de março de 2016.

A Lei nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), por sua vez, especifica os seguintes crimes nos quais é admissível a prisão temporária: (1) tortura; (2) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; (3) terrorismo; (4) homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado; (6) latrocínio; (7) extorsão qualificada pela morte; (8) extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; (9) estupro; (10) estupro de vulnerável; (11) epidemia com resultado morte; (12) falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins fisioterapêuticos ou medicinais; (12) genocídio.

Em relação ao rol dos crimes, releva pontuar que a Lei nº 12.720, de 2012, atribuiu nova denominação ao então crime de quadrilha ou bando, passando a *fattispecie* como associação

¹²⁸² O rol dos dispositivos do Código de Processo Penal expressamente revogados está no art. 4º da Lei nº 12.403, de 2011.

criminosa. Ademais, a mesma lei em referência introduziu o art. 288-A, tipificando o crime de milícia privada, crime mais grave do que a associação criminosa, inclusive com pena mínima superior à pena máxima prevista para a associação criminosa do caput do art. 288.

Ora, se cabe a prisão temporária para o crime de associação criminosa, prevista no art. 288, caput, do Código Penal, obviamente que, ao incluir o tipo do art. 288-A, o legislador deveria ter cuidado de alterar, igualmente, o rol dos crimes em que admitida a prisão temporária.

Infelizmente, assim não se procedeu. Caberia, nesse caso, uma interpretação extensiva, sob o argumento de que se, quando da feitura da Lei nº 7.960, de 1989, já existisse o tipo do art. 288-A do Código Penal, o legislador o teria incluído dentre os crimes passíveis de prisão preventiva? Essa é uma questão delicada. A jurisprudência reiterada é de que o rol da Lei nº 7.960, de 1989, é exaustivo, posição que se manifesta acertada.

Mas o legislador, uma vez mais, foi extremamente incoerente, ao fazer uma alteração tópica em uma determinada lei, sem se preocupar em harmonizá-la com outras normas que fazem parte do ordenamento jurídico, abrindo flanco para que o Judiciário, a fim de consertar o sistema, abra precedente perigoso para incluir outras figuras delitivas dentre as que permitem a prisão temporária.

Coerente com essa política criminal nacional quanto a tornar passível da prisão temporária os crimes mais graves, ao definir o crime de terrorismo, a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, teve a acuidade de determinar a inclusão desse tipo de crime no rol da Lei nº 7.960, de 1989. O legislador da Lei nº 13.964, de 2019, poderia ter remediado o senão normativo quanto ao crime de milícia privada, mas também se omitiu.

Até porque, a intenção legislativa não foi tomar como parâmetro o tipo da pena (reclusão ou detenção) ou a quantidade da pena (inferior ou superior a quatro anos), mas a espécie em si do crime. Fica claro que o legislador teve em mira tornar admissível a prisão temporária apenas naqueles crimes que, independentemente da pena prevista, são considerados mais graves. Porém, também aqui o legislador, uma vez mais, se apartou da orientação legislativa quanto à prisão preventiva. Perceba-se que, de regra, salvo exceção, a prisão preventiva somente é cabível nos crimes cuja pena máxima é superior a 4 (quatro) anos.

Todavia, quanto à prisão temporária, preferiu-se dizer expressamente quais os crimes são passíveis dessa medida cautelar, estabelecendo um rol.

Esse aspecto é de suma importância, pois há crimes indicados na Lei nº 7.960, de 1989, cujas penas privativas de liberdade são inferiores a 4 (quatro) anos, como são os casos dos crimes de associação criminosa (art. 288, caput, do CP), sequestro e o cárcere privado, na forma simples (art. 148, caput, do CP) e vários dos crimes contra o sistema financeiro (arts. 8º, 12, 16, 18, 21 e 23). Por conseguinte, em relação a esses delitos, conquanto seja possível a decretação da prisão temporária, não se admite, via de regra, a prisão preventiva (salvo nas exceções dos incisos II, III e IV e parágrafo único do art. 313 do CPP).

Note-se que todos os ilícitos previstos para a prisão temporária, sejam os que estão indicados na Lei nº 7.960, de 1989, sejam os arrolados pela Lei nº 8.072, de 1990, dizem respeito a crimes dolosos. Assim, pode-se dizer que a prisão temporária só é admissível em se tratando de crime doloso. Aliás, o único dos crimes indicados para a prisão temporária que admite a forma culposa é o de homicídio, mas o legislador cuidou de esclarecer que, nesse caso, o que comporta essa medida é apenas o que for praticado na forma dolosa (art. 1º, III, aliena *a*, da Lei nº 7.960, de 1989).

O que aqui foi dito quanto à *dúvida sobre a identidade civil* para fins da prisão preventiva, objeto do item 6.2.5.1.4, aplica-se, apenas, no ponto em que se assevera que essa circunstância em si não se presta para fundamentar a decretação da prisão temporária. Conforme salientado, em todo e qualquer caso de prisão temporária, além do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, tem de estar presente o fundamento do inciso I da mesma norma jurídica, qual seja, a necessidade para a instrução das investigações em inquérito policial.

Por conseguinte, em nenhuma situação a hipótese do inciso II afastará a necessidade de que a prova da materialidade seja em relação a um dos crimes especificados nas Leis nºs. 7.960,

de 1989, e 8.072, de 1990.

A tese aqui sustentada está em compasso com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prisão temporária só cabe nos crimes definidos no art. 1º, III, da Lei nº 7.960, de 1989 — e na Lei nº 8.072, de 1990. Nesse sentido, confira-se a decisão, à unanimidade de seus pares, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do relator, Ministro Félix Fischer¹²⁸³:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155 DO CP. PRISÃO TEMPORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. — Não pode subsistir o *decisum* que decretou a prisão temporária do paciente, investigado em sede de inquérito policial pela suposta prática do delito insculpido no art. 155 do CP, o qual não está inserido no rol do art. 1º, III, da Lei n.º 7.690/89. (Precedentes). Writ concedido, para revogar a decisão que determinou a prisão temporária do paciente, sem prejuízo de que nova custódia cautelar seja decretada, desde que em observância aos requisitos legais.

Porém, ainda assim, o só fato de o crime ser um daqueles indicados no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, não é suficiente para a decretação da prisão temporária. Desse modo, além da satisfação do inciso III do art. 1º da lei em foco, o caso tem de se subsumir ou na hipótese do inciso I (ser imprescindível para as investigações do inquérito policial) ou na do inciso II (o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade).

Em verdade, observa-se que a hipótese contemplada no inciso I (imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial) compreende a que é prevista no inciso II (não ter o indiciado residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade), ambos da lei em estudo. Ora, sendo a prisão temporária medida acautelatória a ser adotada ainda na fase pré-processual, tem-se que ela, para ser decretada, há de ser, necessariamente, imprescindível para as investigações do inquérito policial.

Se ela não for necessária, não há por que limitar o direito de liberdade da pessoa. Ademais, o fato de uma pessoa não ter a residência fixa ou de não apresentar os seus dados de identificação somente justifica o decreto prisional caso a medida se mostre indispensável para a instrução do inquérito policial. No ponto, conforme adverte Eugênio Pacelli que para a prisão temporária “... devem estar presentes necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação, quanto aquela do III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I”¹²⁸⁴.

Se esse não for o entendimento, todas as vezes que se tratar de investigado que ostenta a condição de morador de rua, desde que o crime seja um dos previstos no rol da lei, a prisão temporária será cabível, mesmo quando não restar evidenciada a necessidade da imposição dessa medida, o que representaria odiosa discriminação para quem está situado nessa zona de pobreza extrema.

Na esteira desse entendimento, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em decisão tomada à unanimidade por sua Quarta Turma, no Recurso Criminal de registro cronológico 200038000241551-MG, relatado pelo Desembargador Federal Mário César Ribeiro¹²⁸⁵, assim decidiu:

PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. FALSIDADE DOCUMENTAL. ENVOLVIMENTO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. INDICIADO EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO. INVESTIGAÇÃO. PRISÃO TEMPORÁRIA. DILIGÊNCIAS. IMPRESCINDIBILIDADE I. A prisão temporária pode ser decretada quando imprescindível para as investigações do inquérito policial e houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova

¹²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Classe: RHC — Processo: 35557-UF: PR, Data da decisão: 20/09/2004, Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 11 jul. 2005.

¹²⁸⁴ **Curso de processo penal**, p. 532.

¹²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 12/06/2002. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 12 jul. 2005.

admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em fato típico e antijurídico previsto na Lei nº 7.960/89 (...).

Cabe reiterar que, em consonância com a dicção normativa, assim como ocorre em relação à prisão preventiva, além dos fundamentos, há os *requisitos* que precisam estar deferidos para que haja autorização para a prolação de decisão judicial instituindo a prisão temporária. Enquanto em relação à primeira medida o legislador utilizou as expressões *prova do crime e indício de autoria*, em relação à *temporária* se contentou em falar em *fundadas razões de autoria ou participação do indiciado*. O primeiro aspecto a se observar é que o legislador utilizou a expressão *indiciado*, o que significa a pessoa a quem tenha sido, no inquérito policial, imputada a prática de ilícito. É certo que não se deve, aqui, fazer uma interpretação literal a ponto de defender que para decretação da prisão temporária haja necessidade de que, antes, tenha havido o prévio indiciamento da pessoa. Tal não seria razoável, até porque não há esse pressuposto, sequer, para a prisão preventiva.

Mais uma coisa se pode concluir: tanto para a decretação da prisão temporária quanto para a preventiva não se pode determinar a medida acautelaria contra um mero suspeito. Ainda que não se exija o seu prévio indiciamento formal, para a adoção dessa medida extrema, se exige o *sumário de culpa*, que consiste na reunião de elementos probatórios concernentes em fundadas razões de autoria ou participação no crime.

Essa é a posição trilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode ver da leitura da ementa do acórdão exarado pela Sexta Turma, no julgamento do HC 3113/PB, relatado pelo Ministro Paulo Medina, cujos termos da ementa, na parte que interessa, são os seguintes: “Cabe decretar a prisão temporária em face da existência de crime grave, dentre os quais o roubo, em face de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida em lei, da autoria ou participação do indiciado na prática delitiva sob averiguação”¹²⁸⁶.

De maneira mais incisiva, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Gilson Dipp, assim esclareceu a questão:

CRIMINAL. RHC. ROUBO. PERSEGUIÇÃO DE AUTORIDADES PÚBLICAS LOCAIS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DOS PACIENTES NOS DELITOS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPRO- PRIEDADE DA VIA ELEITA. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INDÍCIOS DE AUTORIA. PACIENTES EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA AS INVESTIGAÇÕES. OR- DEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. (...) A determinação de prisão temporária deve ser fundada em fatos concretos que indiquem a sua real necessidade, atendendo-se os termos descritos na lei. Evidenciada a presença de indícios de autoria dos pacientes no delito de roubo, para o qual é permitida a decretação da custódia provisória (art. 1º, inciso III, alínea “c”, da Lei nº 7.960/89), bem como o fato de os pacientes encontrarem-se em lugar incerto e não sabido, necessária se torna a decretação da prisão temporária, tendo em vista a dificuldade de investigação e conclusão do inquérito quando ausentes os indiciados. Precedentes. (...).

Se assim é, em hipótese alguma a prisão temporária poderá servir para que a autoridade policial a utilize como instrumento para obter as provas necessárias destinadas a dar lastro a pedido de decretação de prisão preventiva.

Por outro lado, se para pedir a prisão temporária é requisito indispensável a circunstância de existir contra o agente fundadas razões de autoria ou participação em um dos crimes especificados na lei, nos termos do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, observa-se que, nesses casos, já há a presença dos elementos necessários para se pedir a própria decretação da prisão preventiva sob o fundamento de que a tutela de urgência criminal se impõe por conveniência da instrução do inquérito policial (art. 312, caput, do Código de Processo Penal).

¹²⁸⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça, Data da decisão: 04/12/2003. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jan. 2007.

Esse é um detalhe importante e revela a razão pela qual, em regra, a autoridade policial, ao invés de solicitar a temporária, pede logo a preventiva. Isso explica o pouco uso da prisão temporária. Ora, se a autoridade policial ou o Ministério Público já pode pedir a prisão preventiva, que não tem prazo fixo e pode se estender até o processo, não há razoabilidade em solicitar-se a temporária, cujo prazo máximo é de cinco dias, prorrogável por outro tanto. O mesmo se diga ainda que se trate da hipótese de crime considerado hediondo, em que o lapso temporal se estende por trinta dias, prorrogável por mais trinta, caso demonstrada a sua absoluta necessidade (art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072, de 1990).

Têm razão os doutrinadores que apontam a incompatibilidade da prisão temporária com os ditames da Constituição, caso se queira utilizar essa medida como instrumento a ser manejado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público no afã de angariar elementos probatórios necessários para futuro pleito de decretação da prisão preventiva. Estreme de dúvidas que um Estado Democrático-Constitucional elaborado sob a batuta dos direitos fundamentais não se coaduna com a intenção legislativa de legalizar *prisão para averiguações*, até porque, para todos os efeitos, a regra é prestigiar a cláusula universal do direito de liberdade, somente podendo ser coartado, como medida acautelatória, caso, além da necessidade, haja suporte probatório mínimo referente à existência do crime e indício ou fundadas razões de sua autoria ou participação na empreitada criminosa.

Com efeito, a necessidade da prisão como forma de conferir maior poder investigatório, por si só, não basta para que se flexibilize cláusula da magnitude com que é alçado o direito de liberdade, até porque a lógica é que se deve *investigar primeiro para depois prender*, e não o contrário, *prender primeiro para investigar depois*. Mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo¹²⁸⁷, em crítica a essa prática então adotada pelos órgãos policiais, advertiu que a *prisão para averiguações*, então prática muito comum entre os policiais, além de configurar o delito de abuso de autoridade, representa a mais típica manifestação de arbitrariedade contra o direito de liberdade.

Não se pode inverter a equação. A investigação deve *preceder a prisão*. Investiga-se primeiro para depois prender-se. Prender-se primeiro para investigar depois é uma inversão inaceitável, ademais de não se confortar com a lógica das coisas.

Por conseguinte, em todo caso, além de exigir-se que o crime cometido se enquadre em uma das hipóteses do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, e que a medida se escore na imprescindibilidade para a investigações, o juiz, para estar autorizado a decretar a prisão, deve ter elementos de prova, ainda que sumários, a respeito da ocorrência do ilícito e da correspondente autoria ou participação.

6.2.6.2. Prazo e prorrogação da prisão temporária (duração razoável)

A prisão temporária, tendo sido criada com o propósito de substituir a incomunicabilidade — prevista no art. 21, caput e parágrafo único do CPP —, foi concebida com prazo de validade fixado em lei. De acordo com o art. 2º, caput, da Lei nº 7.960, de 1989, de regra, o prazo da prisão temporária é de “... 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.” Porém, em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado, por força da Lei nº 8.072, de 1990, esse prazo é de 30 (trinta) dias, também prorrogável por igual período, nas mesmas condições (art. 2º, § 4º).

Assim, como regra geral, a prisão temporária só é permitida pelo prazo máximo de 5 (cinco) dias. Excepcionalmente, diante da maior complexidade dos crimes hediondos e a ele equiparados, o prazo é de até 30 (trinta) dias. Independentemente da hipótese, admite-se a prorrogação por igual período, *em caso de extrema e comprovada necessidade*. Essa é a sua

¹²⁸⁷ SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994, p. 486.

duração razoável, de modo que a inobservância gera a nulidade da medida, com consequente relaxamento da prisão e, até mesmo, o dever de indenização¹²⁸⁸.

Como a prisão cautelar não pode ser decretada de ofício, exigindo-se representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, se esvaído o prazo da prisão temporária sem que requerida a sua prorrogação, a consequência é que o agente terá de ser colocado em liberdade, pois o juiz não poderá, nesse caso, de ofício, proferir decisão estendendo o prazo.

Se antes poderia haver alguma dúvida a esse respeito, com a vinda a lume da Lei nº 12.403, de 2011, eventual divergência resta afastada, na medida em que, tendo em consideração a adoção do sistema acusatório, ao magistrado é defeso deferir, de ofício, medida cautelar na fase do inquérito policial¹²⁸⁹. Ainda mais agora, pois a Lei nº 13.964, de 2019, vedou, em qualquer hipótese, a decretação de prisão cautelar de ofício, seja preventiva ou temporária.

Portanto, o juiz não pode, nem mesmo, nesse caso, tentar manter a pessoa no cárcere, com a decretação da prisão preventiva de ofício, pois, na quadra atual, a prisão preventiva só pode ser imposta se e quando houver representação ou requerimento, respectivamente, feita pela autoridade policial ou pelo Ministério Público.

Feito o pedido de prorrogação, pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, o juiz só haverá de acolhê-lo caso esteja demonstrada a sua *extrema e comprovada necessidade*. Esse requisito específico para a prorrogação merece a devida atenção.

Note-se que, para fins de decretação da prisão temporária, a lei coloca como fundamento ser a medida (comprovadamente) *imprescindível para as investigações do inquérito policial*. Todavia, em se tratando da prorrogação, o legislador quis ser mais exigente ainda, ao exigir *extrema* (e comprovada) *necessidade*.

Portanto, ainda que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja no sentido de que, para todos os efeitos, a medida cautelar prisional só deve ser aplicada quando houver *extrema necessidade*, não se há de olvidar que a prorrogação deve ser tratada como a *exceção da exceção*: a prisão temporária, por si só, é uma exceção, sendo, de regra, admissível, conforme seja o caso, pelo período máximo de 5 (cinco) ou 30 (trinta) dias, prazo que, em determinados casos, quando demonstrada a *extrema necessidade*, pode ser prorrogado por igual período.

Ainda quanto ao período, tenha-se presente que, pela Lei nº 7.960, de 1989, o prazo de 5 (cinco) ou 30 (trinta) dias é o máximo. Dependendo do caso, o juiz pode fixar lapso temporal inferior.

Da mesma forma, embora esteja dito que o período da prisão temporária pode ser prorrogado por igual prazo, nada obsta, pelo contrário, que o juiz determine a medida, conforme o caso, por 5 (cinco) ou 30 (trinta) dias, mas, quando da prorrogação, em razão da peculiaridade do caso concreto, assinala tempo inferior. Entendimento diferente não seria razoável, ademais de dar ensejo a que seja estabelecido prazo para a prorrogação superior ao necessário para resguardar os interesses da investigação criminal.

Como se isso não bastasse, lembre-se que aqui foi dito que a prisão temporária somente é cabível quando imprescindível para o inquérito policial (art. 1º, I, da Lei nº 7.960, de 1989). Desse modo, encerrada a investigação policial, *ipso facto*, perde a validade a prisão temporária, devendo o agente, incontinenti, ser colocado em liberdade. Isso fica mais evidente ainda, em razão de a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 137, de 13 de julho de 2011, determinar, dentre as informações indispensáveis que devem estar contidas no mandado, o prazo da prisão, quando se tratar de prisão temporária (art. 3º, X)¹²⁹⁰.

Seja qual for o motivo da perda do prazo de validade da prisão temporária, não há necessidade, sequer, do alvará de soltura, a fim de que o agente seja colocado em liberdade.

¹²⁸⁸ Cf. item 6.2.8, *infra*.

¹²⁸⁹ Cf. item 6.1.7.2, *supra*.

¹²⁹⁰ Cf. item 6.2.9.3, *infra*, que discorre sobre o Banco Nacional de Mandados de Prisão — BNMP, criado pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução nº 137, de 2011, em cumprimento ao disposto no 289-A, caput e § 6º, da Lei nº 12.403, de 2011. Essa resolução foi revogada pela Resolução nº 251, de 4 de setembro de 2018, que foi revogada pela Resolução nº 417, de 20 de setembro de 2021, a qual instituiu o chamado BNMP 3.0.

Ultrapassado o prazo de 5 (cinco) ou, conforme seja, de 30 (trinta) dias, não tendo sido prorrogada a prisão temporária, o agente deve ser colocado em liberdade, independentemente de alvará de soltura. Alerta-se que o mero pedido de prorrogação feito pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, sem a respectiva decisão a tempo, não tem o condão de validar a permanência a título de prisão temporária.

Em virtude dessa consideração, tanto o pedido quanto a decisão sobre a prorrogação devem anteceder ao encerramento do prazo de validade da prisão temporária. Do mesmo modo, concluído o inquérito policial, desaparece o motivo para a prisão temporária, sendo o caso de imediata soltura.

Para melhor controle desse prazo, a Resolução do CNJ nº 417, 2021, prescreve que o sistema do BNMP 3.0 deve conter *alertas periódicos* informando a *proximidade do vencimento de prisão temporária*, com antecedência de 2 (dois) dias (art. 25, V).

Fica claro, assim, que, sendo decretada a prisão temporária, sabe-se que, mais cedo ou mais tarde, o agente vai ser colocado em liberdade. Nem se diga que a prisão temporária pode ser, apenas, o estágio inicial para, em seguida, diante do aprofundamento da investigação, pedir-se a prisão preventiva, conforme explicitado no tópico supra.

Acrescente-se que não seria razoável a existência de uma medida cautelar detentiva preparatória de outra de igual natureza. Ademais, essa ideia não se conforta com um sistema criminal de perfil democrático, focado na proteção dos direitos fundamentais, pois, como salientado, subverte a lógica de que *se deve investigar primeiro para, depois, prender*, e não o contrário, *prender primeiro para, depois, investigar*. Antes do advento da Constituição de 1988, o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello¹²⁹¹ já criticava essa prática então adotada pelos órgãos policiais, com o seguinte arremate:

... a denominada *prisão para averiguações*, que constitui prática policial comum, além de configurar o delito de abuso de autoridade, representa a mais típica manifestação de arbitrariedade contra a liberdade de locomoção física (ou o direito de *ir, vir e permanecer*). Daí por que o Judiciário — prossegue — tem profligado, censurando a conduta dos agentes policiais que dela lançam mão, esquecendo-se de que a investigação deve *preceder a prisão*. Investiga-se primeiro para depois prender-se. O contrário, prender para investigar — implica numa verdadeira subversão de princípios jurídicos.

Como a prisão temporária se trata de encarceramento, a despeito de sua natureza acautelatória, a norma processual é considerada de conteúdo misto, razão pela qual a contagem do prazo há de ser feita de conformidade com a disciplina do art. 10 do Código Penal, que é mais benéfica, devendo ser incluído o dia do começo, diferentemente do que prescreve o art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal, que não computa o dia do início e inclui o final, quando se trata de prazo para a prática de ato propriamente processual.

Entretanto, a questão do prazo de duração da prisão temporária ganha novo colorido, com a vinda a lume da Lei nº 13.964, de 2019. Conforme visto no item 6.2.5.3.1, a prisão preventiva, na fase da investigação, passou a ter prazo limite, inclusive em relação à prorrogação. O tempo máximo da prisão é de 10 (dez) dias, quando a investigação levada a efeito na esfera estadual, enquanto na federal 15 (quinze) dias, podendo ser prorrogada, uma única vez, em qualquer situação, por mais 15 (quinze) dias. Portanto, é um prazo superior um pouco maior do que o prazo ordinário da prisão temporária, que é de 5 (cinco), prorrogável por mais 5 (cinco).

O problema é que o prazo da prisão preventiva, quando se trata de crime hediondo ou a ele equiparada, é de 30 (dias), prorrogável por mais 30 (trinta).

A indagação a ser feita é a seguinte: Em caso de prisão temporária decretada quanto a ilícito incluído no rol da Lei nº 8.072, de 1990, o prazo ordinário da custódia é de 30 (trinta) dias, com a possibilidade de renovação por mais 30 (trinta) dias, ou aplica-se o art. 3º-B, § 2º, do CPP, de modo que o tempo máximo de duração da prisão é, a depender da competência, estadual ou

¹²⁹¹ Apud SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**, p. 486.

federal, 25 (vinte e cinco) ou 30 (trinta) dias?

Certamente, sob o argumento de que a norma geral não revoga a especial, salvo disposição em contrário, o entendimento vai ser de que, nessa hipótese, incide a disciplina da Lei nº 7.960, de 1989, isto é, 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por mais 30 (trinta).

Se esse for o entendimento, a despeito de permitir, de forma anômala, que o prazo da prisão temporária seja superior ao da prisão preventiva, a *mens legis*, que foi ditar um prazo máximo e razoável para a duração da prisão na investigação, restará desatendida.

Isso sem falar que, em casos de crimes complexos, como os que envolvem lavagem de dinheiro, corrupção e crime organizado, geralmente praticados em concurso material e apurados em um mesmo procedimento, o prazo máximo de duração da prisão será, conforme o caso, de 25 (vinte e cinco) ou 30 (trinta) dias, enquanto outros crimes menos complexos quanto a apuração, o espaço temporal será de sessenta dias.

Essa linha de compreensão ainda gera o inconveniente de fazer com que em relação aos crimes hediondos e a eles equiparados a prisão temporária seja mais gravosa do que a preventiva.

Por isso mesmo, esse estado de coisa vai incentivar ainda mais a autoridade policial ou o Ministério Público optar pela prisão temporária quando se tratar de investigação relativa a crime previsto na Lei 8.072, de 1990, pois, nesse caso, o prazo para a conclusão do inquérito e da prisão provisória ser de 30 (trinta) dias, prorrogável, em caso de renovação do encarceramento pelo juiz, por igual prazo.

Nessa hipótese, a prisão temporária confere mais tempo para a autoridade concluir a investigação do que ela teria caso fosse decretada a prisão preventiva. Isso porque, no caso de prisão preventiva, o prazo para a conclusão é de 10 (dez) dias (art. 10, caput, primeira parte, do CPP), permitindo a prorrogação por apenas mais 15 (quinze) dias (art. 3º-B, § 2º, do CPP), salvo quando se trata de inquérito conduzido pela polícia federal, em que o prazo é de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual prazo (art. 66 da Lei 5.010, de 1966)¹²⁹².

Desenganadamente, isso não é razoável.

Assim como tratado no item 6.2.5.3.1, ainda há de se levar em consideração que, nos termos do art. 3º-B, VI, do CPP, cabe ao juiz das garantias, no monitoramento da legalidade da investigação criminal, *prorrogar a prisão provisória*, observando o *exercício do contraditório em audiência pública e oral*. Observe-se que o legislador fala em prorrogar a *prisão provisória*, cujas espécies são as prisões preventiva e *temporária*. Por conseguinte, a nova regra, expressamente, estabelece novas regras para a prorrogação da prisão temporária, realçando que esse ato deve ser realizado em audiência pública e oral, com garantia do contraditório.

Tem-se, assim, que, da mesma forma como acontece no caso de prorrogação da prisão preventiva, para renovar o prazo da prisão temporária não se mostra suficiente o requerimento do Ministério Público ou a representação da autoridade policial, sendo de mister a designação de audiência, com a participação das partes e do próprio preso, a quem assegurado o direito de participação.

Diante da precariedade da prisão na fase da investigação, o legislador não se contentou em assegurar o contraditório. Exigiu que o exame da necessidade da prorrogação da prisão ocorra mediante a realização de audiência pública e oral.

Assim, cabe repetir o que dissemos anteriormente, para além do direito da audiência de apresentação (custódia) quando da realização da prisão (em flagrante ou decorrente de ordem judicial), o mesmo é assegurado ao investigado em se tratando da possibilidade de *prorrogação* do prazo da medida cautelar prisional. Em outras palavras, o contraditório assegurado implica, igualmente, no direito do investigado preso se fazer ouvir previamente pelo juiz competente para decidir pela prorrogação, ou não.

Por conseguinte, apresenta-se evitada de vício de ilegalidade a decisão de prorrogação da prisão se tal não ocorrer em audiência pública, com a oitiva do preso, incidindo no caso de prisão

¹²⁹² No caso de crime de tráfico de entorpecentes, estando a pessoa presa, o prazo para conclusão do inquérito é de 30 (trinta) dias, podendo ser duplicado (art. 51, caput e parágrafo único, da Lei 11.343, de 2006).

temporária o que dispõe o art. 3º-B, inciso VI, do CPP.

Em suma, independentemente do entendimento de que, no caso de prisão temporária em crime que consta do rol da Lei dos Crimes Hediondos, o prazo aplicável é de 30 (trinta dias), prorrogável por igual prazo, a decisão de prorrogação há de observar o que preceitua o art. 3º-B, inciso VI, do CPP, devendo ser assegurado o contraditório, em audiência oral e pública, com a oitiva do preso.

6.2.7. Distinções entre a prisão temporária e a preventiva

Diante de tudo o que foi exposto, observa-se que em caso no qual seja admissível a prisão temporária, não raro, é possível, igualmente, a decretação da prisão preventiva, embora a recíproca não seja verdadeira. O exame atento está a demonstrar que a admissibilidade da prisão preventiva é bem mais ampla do que a da prisão temporária.

Note-se que, em rigor, os requisitos (*fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*) para ambas as medidas são os mesmos, quais sejam, prova da materialidade do crime e indício suficiente de autoria (ou participação) ou fundadas razões de autoria ou participação. Quanto aos requisitos, a diferença única é que a prova da materialidade, em relação à prisão preventiva, diz respeito a crime doloso contra vida cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos (art. 313, I, do CPP), enquanto para a prisão temporária refere-se apenas aos ilícitos dolosos elencados nas alíneas do inciso III do art. 1º. da Lei nº 7.960, de 1989 e, ainda, aos crimes hediondos e os a eles equiparados, conforme a Lei nº 8.072, de 1990.

Portanto, o rol de crimes que admitem a prisão preventiva é muito superior ao que dá suporte à prisão temporária. Esse aspecto denota que, em muitos casos, conquanto seja admissível a prisão preventiva, não o é a temporária.

De qualquer maneira, consoante assinalado linhas acima, em alguns poucos casos, naqueles em que os crimes indicados nas leis em referência tenham pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, será possível a prisão temporária, mas não a preventiva.

Em relação aos fundamentos, resta evidenciada, ainda mais, a maior amplitude, quanto à admissibilidade, da prisão preventiva em relação à temporária. Enquanto a temporária só é admissível tendo como fundamento a necessidade para a investigação na fase do inquérito policial, a preventiva não apenas é permitida para esse fim como, ainda, em razão da conveniência da investigação na fase do processo e, igualmente, para assegurar a aplicação da lei penal ou, então, para evitar a prática de infrações penais (manutenção da ordem pública ou econômica).

Afora isso, enquanto a prisão temporária tem prazo fixo e só é admitida na fase do inquérito, a preventiva, salvo em relação à que é decretada durante a investigação – hipótese em que o prazo é de 10 (dez) ou 15 (quinze) dias, só podendo ser prorrogada, uma vez, por até mais 15 (quinze) dias –, admite, quando imposta na fase processual, a renovação a cada 90 (noventa) dias, sendo possível, em tese, a sua revogação e rederecção, tantas vezes quantas forem necessárias, antes de trãnsita em julgado a condenação.

Para bem delimitar as distinções basilares entre essas duas espécies de medidas cautelares pessoais detentivas, cabe assinalar o seguinte:

(I) Quanto à prisão preventiva:	(II) No que diz respeito à prisão temporária:
(1) pode ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo, enquanto não ocorrer o trãnsito e em julgado;	(1) só pode ser decretada na fase do inquérito policial;
(2) de regra, só é admissível nos crimes dolosos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, salvo nas hipóteses dos incisos II e III e parágrafo único do art. 313 do CPP, em que é admissível independentemente da quantidade da pena e, no último caso, até mesmo em crime culposos;	(2) é admissível apenas nos crimes dolosos indicados nas Leis nºs 7.960, de 1989, e 8.072, de 1990;

(3) pode ser decretada com suporte em três fundamentos: manutenção da ordem pública ou econômica (evitar a prática de infrações penais), conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal; e	(3) sua admissibilidade tem como único fundamento a imprescindibilidade para a instrução criminal (do inquérito policial);
(4) não tem prazo fixo, salvo em relação à que é decretada durante a investigação – hipótese em que o prazo é de 10 (dez) ou 15 (quinze) dias, só podendo ser prorrogada, uma vez, por até mais 15 (quinze) dias –, admitindo, na fase do processo, a renovação a cada 90 (noventa) dias, sendo cabível, em tese, a sua revogação e redetecção, tantas vezes quantas forem necessárias.	(4) tem prazo fixo estabelecendo a sua duração razoável, 5 (cinco) ou 30 (trinta) dias, admitindo-se uma prorrogação, no máximo, por igual prazo.

Como além dessas peculiaridades referentes a cada um dos institutos, para a decretação tanto da prisão preventiva quanto da temporária se exige o *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*, ou seja, a culpa sumária consubstanciada na prova da materialidade do crime e indício suficiente de autoria (fundadas razões de autoria ou participação), o que se observa é que, salvo em relação aos crimes indicados na Lei nº 7.960, de 1989, e para os quais prevista pena privativa de liberdade que não é superior a 4 (quatro) anos, em todos os casos que se pode pedir a prisão temporária, é admissível, igualmente, a prisão preventiva.

Por isso mesmo é que não se vê, na prática, muita utilidade com a prisão temporária, pois se a autoridade policial ou o Ministério Público já pode pedir a prisão preventiva, que não tem prazo fixo e pode se estender até o processo, não há razoabilidade em solicitar-se a temporária, cujo prazo máximo é de cinco dias, prorrogável por outro tanto, salvo na hipótese de crime considerado hediondo, em que o lapso temporal é elevado para trinta dias, prorrogável por mais trinta, caso demonstrada a sua absoluta necessidade (art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90).

De fato, a interpretação da Lei nº 7.960, de 1989, de modo a conceber a prisão temporária com natureza acatutelatória, finda por torná-la compreendida na maior abrangência da prisão preventiva, a ponto de aquela não se prestar quanto ao fim para o qual fora concebida, que era de dar à autoridade policial a possibilidade de por seu intermédio coletar elementos probatórios mais consistentes para, daí, com base neles, poder solicitar a decretação da prisão preventiva.

Aí reside a explicação pela qual esse instituto é tão pouco utilizado pela autoridade policial e pelo Ministério Público que, diante dos requisitos para a concessão da prisão temporária, preferem, racionalmente, pedir logo a prisão preventiva, situação que é refletida na escassa jurisprudência formada sobre o assunto.

Portanto, repita-se — à exaustão —, o pedido de prisão temporária em detrimento da prisão preventiva só tem razão, salvo outra explicação, em relação a crime indicado na Lei nº 7.960, de 1989, que possui pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, pois, nesse caso, via de regra, não cabe a prisão preventiva.

Afora essa situação, é possível que a autoridade policial ou o Ministério Público, tendo em conta que a prisão pelo tempo de 5 (cinco) dias, com ou sem prorrogação, é suficiente para os fins investigatórios, ao invés de pedir a prisão preventiva, peça apenas a temporária.

Em verdade, é razoável que o juiz, diante do pedido de prisão preventiva, entenda que é suficiente a temporária, quando vislumbrar ser razoável o prazo de 5 (cinco) para viabilizar a instrução do inquérito policial.

Todavia, na prática, é comum, em grandes operações, a autoridade policial pedir, quanto a uma parte dos envolvidos, em relação aos quais possui provas a respeito da materialidade e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, enquanto, para os demais, sob a justificativa de que ainda não tem essa culpa sumária, pede, apenas, a temporária. Com vários anos de magistratura federal, raros eram os casos de pedido de prisão temporária. Agora, tem sido muito frequente, notadamente nas grandes operações. Geralmente, procura-se utilizar a prisão temporária como medida acatutelatória para a prisão preventiva, em descompasso com a doutrina e a jurisprudência

firmada a respeito

Evidentemente, nesse caso, não deve ser acolhido o pedido relativo à prisão temporária, salvo se o magistrado, a despeito do alegado, verificar que estão presentes os requisitos que formam o *fumus boni iuris* ou o *fumus commissi delicti*.

6.2.8. Ressarcimento por dano decorrente de prisão indevida

Na história constitucional brasileira, sempre houve a previsão da responsabilidade civil do Estado, tendo sido mantida essa tradição com o art. 37, § 6º. Mas, a par dessa regra geral, foi contemplada, dentre os direitos fundamentais, a garantia do art. 5º, LXXV, da Constituição, segundo a qual “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”¹²⁹³.

Aliás, conquanto a regra em nosso sistema seja da irresponsabilidade do Estado quanto a eventuais erros praticados por agentes políticos, como é o caso do juiz, no ambiente criminal de há muito se garante o direito ao ressarcimento por prejuízos que venham a ser causados com a atividade jurisdicional.

Na doutrina brasileira, sempre vigorou, em ampla maioria, o entendimento de que os atos políticos, assim classificados os praticados pelos chefes do Executivo das três entidades federativas, parlamentares, juizes e, ainda, membros do Ministério Público, não geram o direito de indenizar, mesmo ante a identificação de eventuais erros capazes de acarretar prejuízos a terceiros. Especificamente em relação ao Judiciário, o que se tem é que o erro proveniente da atividade judicial, em princípio, não é indenizável, sendo admissível o pedido de ressarcimento pelos danos daí decorrentes apenas quando o juiz houver operado com dolo ou fraude ou recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 143, I e II, do NCPC), hipótese em que a ação deve ser ofertada contra o próprio magistrado, e não contra o Estado.

Contudo, na seara criminal, o erro judiciário sempre foi causa para ressarcimento de danos. Conforme lição haurida de Tourinho Filho, a preocupação quanto à reparação dos prejuízos advindos do erro judiciário na seara criminal vem desde a época romana. No Direito romano, quando a acusação era considerada temerária, o acusador era obrigado a indenizar o acusado por perdas e danos¹²⁹⁴.

Lembra Câmara Leal¹²⁹⁵ que o direito à justa indenização em nosso sistema tem como fonte primária o art. 86, § 2º, da Consolidação das Leis Penais, que atribuiu à “Nação” ou ao “Estado” a responsabilidade quanto ao ressarcimento por todos os prejuízos sofridos com a condenação, nos casos em que a sentença do juiz reconhecer a reabilitação do condenado.

O Código de Processo Penal, desde a sua redação originária, assegura ao condenado por erro judiciário, “... o direito a justa indenização pelos prejuízos causados.” (art. 630, caput), referindo-se à hipótese da procedência de revisão criminal.

No Direito Comparado, alguns países, expressamente, reconhecem a responsabilidade civil do Estado devido a erro judiciário no ambiente criminal. A Constituição portuguesa elenca como direito fundamental o dever do Estado de indenizar, quando ocorre a “... privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei...” (art. 27º, 2). Conforme o Código de Processo Penal lusitano, essa indenização é devida quando, em processo de revisão da sentença condenatória, a pessoa é absolvida (art. 462º, 1). No ponto, Costa Pimenta explica que, no processo

¹²⁹³ Cf. PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade civil do estado. Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do Norte. Natal: CEJERN, 1995, v. 2, p. 15.

¹²⁹⁴ Processo penal, v. 4, p. 583.

¹²⁹⁵ Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro, v. 4, p. 148. Conforme lição haurida de Tourinho Filho, a preocupação quanto à reparação dos prejuízos advindos do erro judiciário na seara criminal vem desde a época romana. No Direito romano, quando a acusação era considerada temerária, o acusador era obrigado a indenizar o acusado por perdas e danos.

de revisão da decisão condenatória, sempre que ocorrer a modificação do julgado com consequente absolvição, o condenado terá o direito de indenização pelos danos sofridos, pois, em qualquer hipótese, mesmo que não haja dano patrimonial, estará presente o moral¹²⁹⁶.

A Constituição espanhola igualmente garante a indenização quanto “Aos prejuízos causados pelo Poder Judiciário, e os que forem consequência do funcionamento anormal da administração da Justiça...” (art. 121).

Em nosso sistema, o que constava como mera previsão infraconstitucional, mercê da Constituição de 1988, passou a fazer parte dos direitos fundamentais. A norma contida no inciso LXXV do art. 5º da Constituição seguiu a ideia do constituinte português, de modo que o direito à indenização por erro judiciário permaneceu restrito ao campo criminal¹²⁹⁷, na medida em que faz menção, como hipótese para gerar o dever de indenizar do Estado, ao *condenado por erro judiciário* e à pessoa que *ficar presa além do tempo fixado na sentença*. Não se seguiu a orientação da Constituição espanhola, pois ali o direito de indenização é assegurado para os prejuízos em geral oriundos do serviço jurisdicional, pois no ambiente espanhol o ressarcimento é assegurado em relação ao *funcionamento amormada da administração da justiça*.

Ainda assim, em nosso meio, o direito à indenização por erro judiciário foi sensivelmente alargado, na medida em que foi acrescida outra hipótese de admissibilidade do ressarcimento em decorrência do mau funcionamento do judiciário criminal, qual seja, nos casos em que a pessoa ficar presa além do tempo fixado na sentença.

Essa é a grande inovação constitucional e que, por outro lado, interessa, de perto, ao estudo da prisão. Quando a norma constitucional fala em dever do Estado em indenizar a quem *ficar preso além do tempo fixado na sentença*, não se está a dizer que a garantia se restringe à situação de quem, por erro na condução da execução da pena, permanece encarcerado além do que era devido. A garantia não pode ser interpretada dessa forma restritiva, até porque ela se faz apenas com base na literalidade do enunciado da cláusula constitucional, o que não é aceitável, pois, se a interpretação literal é considerada odiosa em relação às regras jurídicas, o que não dizer quando se está a examinar o conteúdo de um princípio.

É de crer-se que o princípio, tal como redigido, permite conclusão de que a indenização se faz devida, ainda, naqueles casos em que o agente, sendo preso em razão de medida cautelar pessoal de natureza detentiva (prisão preventiva ou temporária), depois, ao final do processo, finda sendo absolvido ou então, como algumas vezes ocorre, sequer vem a ser denunciado.

Evidentemente, o erro judiciário tanto pode ocorrer da prisão oriunda do cumprimento de sentença condenatória transitada em julgado como da decisão que determina a prisão preventiva ou temporária. Conforme sustentamos em outro momento, a restrição do direito de liberdade, como medida cautelar, pode estar apoiada em testemunhos inverídicos ou em documentos inautênticos, da mesma maneira como pode dar-se com a sentença transitada em julgado¹²⁹⁸.

Em ambas, pode ocorrer o dano, sendo inconcebível, assim, que não se reconheça o direito à indenização na primeira hipótese. Certo que não é o caso de interpretar-se o dispositivo constitucional no sentido de enxergar, na norma em exame, a inteligência de que a indenização é devida em todos os casos nos quais, tendo havido a decretação da prisão processual, o acusado vier, ao final do processo, a ser considerado inocente na sentença. Certamente, interpretação nessa amplitude poderia fazer com que o juiz, nos casos em que previamente, como medida cautelar, tivesse determinado a prisão do agente, se sentisse pressionado psicologicamente a condenar o acusado. Mas esse entendimento era defendido até mesmo por Garofalo, expoente da Escola Positiva¹²⁹⁹.

A tese que se defende é que a expressão *ficar preso além do tempo fixado na sentença* contempla também os casos em que o acusado é levado à prisão indevidamente, em erro verificado

¹²⁹⁶ Código de processo penal anotado, 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, p. 844.

¹²⁹⁷ Diferente se deu na Constituição espanhola, pois ali o direito de indenização é assegurado para os prejuízos em geral oriundos do serviço jurisdicional

¹²⁹⁸ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 921.

¹²⁹⁹ **Criminologia**, p. 431.

pelo fato de a decretação da prisão cautelar ter sido exarada eivada de uma das irregularidades encartadas nos incisos I e II do art. 621 do Código de Processo Penal, as mesmas que dão guarida à revisão da sentença condenatória, desprezada a situação do inciso III do mesmo dispositivo, que não tem pertinência para a hipótese. Dessa forma, quando a decretação da prisão preventiva for contrária a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos ou quando ela se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, o dever de indenizar se faz presente, pelo fato de a pessoa ficar presa indevidamente.

Essa compreensão do assunto é importante para resguardar, ainda mais, o direito de liberdade, coibindo, com o rigor necessário, os abusos que, infelizmente, são praticados nessa área. Basta examinar o noticiário nacional para se detectarem vários e vários casos em que pessoas, especialmente das camadas mais carentes, são levadas à prisão sem o menor resquício de legalidade¹³⁰⁰.

Infelizmente, ao contrário da posição acima, o Tribunal Regional Federal da Quinta Região, por sua Primeira Turma, à unanimidade, no julgamento da Apelação Cível nº 245.429/RN, relatado pelo Desembargador Federal Francisco Wildo¹³⁰¹, decidiu:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. PRISÃO EM FLAGRANTE. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO JUDICIÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. HIPÓTESE DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA. - A prisão cautelar, mesmo com posterior absolvição, não pode se encaixar na hipótese do art. 5º, LXXV, da CF, que fala expressamente em indenização do “condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. (...)

O aresto em referência teve como paradigma o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar o 429518/SC, no qual a Primeira Turma, em decisão unânime, tendo funcionado como relator o Ministro Carlos Velloso¹³⁰², consignou na ementa o seguinte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. — A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juizes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. — Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário — C.F., art. 5º, LXXV — mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. — Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.

Ao comentar essas duas decisões em outro estudo, salientamos que certamente o debate sobre o assunto ainda não está encerrado, pelo contrário, voltará a ser agitado perante o Supremo Tribunal Federal e espera-se que, no final, reste consolidada a tese sufragada neste trabalho. Não é consentâneo com o Estado Democrático-Constitucional, centrado e construído sob os alicerces dos direitos fundamentais, que se sustente a irresponsabilidade estatal quanto a eventuais abusos praticados contra o direito de liberdade, apenas pelo fato de a ilegalidade ter sido praticada pelo juiz, esteja ele de boa ou má-fé. O Estado há de ser responsável pelos seus atos, especialmente em tema tão sensível quanto é o direito de liberdade, ponto nevrálgico de todo sistema democrático¹³⁰³.

A mudança de orientação está de fato se operando. Herval Sampaio e Pedro Rodrigues Caldas¹³⁰⁴ fazem menção a decisão do Supremo Tribunal Federal, exarada no RE 5005.393, relator Ministro Sepúlveda Pertence, em 26/06/2007, que proclamou a responsabilidade civil objetiva do

¹³⁰⁰ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal**: teoria (constitucional) do processo penal, p. 922.

¹³⁰¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. n. 59. Jan./Mar. 2005. p. 171.

¹³⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 05/10/2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 18 jan. 2007.

¹³⁰³ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal**: teoria (constitucional) do processo penal, p. 923.

¹³⁰⁴ **Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional**, p. 511.

Estado em decorrência de prisão preventiva, forte no argumento de que, a despeito do “... entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição...”, a Constituição estabelece, com o art. 5º, LXXV, que, no ambiente criminal, “... a indenização e uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado”, ou seja, “... é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço pública da justiça.”

No mesmo passo, no RE 385.943-0/SP, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, reconheceu o direito à indenização em razão de prisão cautelar indevida, cuja ementa vazada nos seguintes termos:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º). CONFIGURAÇÃO. “BAR BODEGA”. DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR, QUE SE RECONHECEU INDEVIDA, CONTRA PESSOA QUE FOI SUBMETIDA A INVESTIGAÇÃO PENAL PELO PODER PÚBLICO. ADOÇÃO DESSA MEDIDA DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE CONTRA QUEM NÃO TEVE QUALQUER PARTICIPAÇÃO OU ENVOLVIMENTO COM O FATO CRIMINOSO. INADMISSIBILIDADE DESSE COMPORTAMENTO IMPUTÁVEL AO APARELHO DE ESTADO. PERDA DO EMPREGO COMO DIRETA CONSEQUÊNCIA DA INDEVIDA PRISÃO PREVENTIVA. RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE SE ACHAM PRESENTES TODOS OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO. NÃO-COMPROVAÇÃO, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL. CARÁTER SOBERANO DA DECISÃO LOCAL, QUE, PROFERIDA EM SEDE RECURSAL ORDINÁRIA, RECONHECEU, COM APOIO NO EXAME DOS FATOS E PROVAS, A INEXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS E FATOS EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA (SÚMULA 279/STF). DOCTRINA E PRECEDENTES EM TEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE CONHECIDO E IMPROVIDO.

Em comentário acerca dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, Luiz Flávio Gomes¹³⁰⁵ fez abordagem percuciente sobre o tema, a merecer transcrição:

Sem dúvida nenhuma, uma decisão merecedora de aplausos. Ora, a excepcionalidade de prisão preventiva deixa evidente o dever de cautela imposto ao Estado.

Trata-se de dever extraído do art. 9º, n. 5, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, segundo o qual: “Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais (sic) terá direito à reparação”.

Nessa mesma linha, a Constituição Federal, em seu art. 5º, art. 5º, LXXV determina que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

A decisão proferida pelo Min. Celso de Mello (retificando o posicionamento do Tribunal *a quo*) mostra a evolução da jurisprudência brasileira, que sempre se mostrou muito conservadora nessa área. Por muito tempo não se cogitava a possibilidade de indenização em razão de uma prisão indevida. Esse quadro vem se alterando desde o ano 2000. Vejamos: REsp 220982/RS. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades

¹³⁰⁵ <http://www.blogdolfg.com.br>.

profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. 6. Recurso especial provido. (REsp 220982/RS. STJ. Primeira Turma. Relator Min. José Delgado. DJ 22/02/2000).

No REsp 802.435-PE (que confirmou indenização em favor de um preso ilegal), rel. Min. Luiz Fux, sublinhou, com todo acerto, que o Estado constitucional e democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e como ideal buscar a construção de uma sociedade justa e solidária. O cidadão que fica encarcerado quase treze anos, sem condenação final transitada em julgado, faz jus a uma indenização a ser paga pelo Estado, em razão da grave ofensa a vários direitos fundamentais (sobretudo quando, dentro da prisão, vem a contrair doença pulmonar grave e fica cego dos dois olhos, em razão de uma rebelião).

Num outro caso (REsp 872.630-RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques), também foi enfatizada a responsabilidade estatal por manter o autor em prisão preventiva por 741 dias, não tendo sido, posteriormente, pronunciado pelo Juiz, no conhecido caso da “chacina de Vigário Geral”.

O raciocínio é simples. Todo erro judiciário (ou falha no dever de cautela) que implique prisão ou encarceramento ilegal deve naturalmente gerar a consequência da indenização: “A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.” “Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria no egent probationem*).”

No caso em comento foi reconhecida a concretização de uma prisão injusta. Nos termos da decisão “no caso dos autos, comprovada a prisão provisória do embargado, seguida da segregação preventiva e do arquivamento do inquérito policial, inafastável a conclusão de que houve falha da Administração na execução das diligências policiais, donde emerge a responsabilidade objetiva do Estado.”

É preciso que a cultura jurídica brasileira siga os precedentes citados. Está havendo muito abuso na decretação de prisões no Brasil. Quase metade da nossa população carcerária não tem condenação definitiva (ou seja: são presos provisórios). Estão sofrendo a violação de inúmeros direitos fundamentais. Se no final são absolvidos ou impronunciados etc., claro que contam com direito à indenização, a ser paga pelo Estado.

Como se percebe, embora a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha sido monocrática, o Superior Tribunal de Justiça vem, sistematicamente, defendendo o entendimento do dever de indenizar do Estado, quando a prisão cautelar se revela indevida em razão de sua absolvição, situação que caracteriza, no mínimo, dano moral. A esse respeito, cabe agregar que a forma como estampada na Constituição a garantia (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário”) não se permite interpretação no sentido de que o direito ao ressarcimento é, apenas, quanto ao dano material.

Em reforço a essa conclusão, tenha-se presente que o art. 5º, X, da Constituição, assegura, como mesmo *status* de direito fundamental, o direito à reparação pelo dano material e moral, sempre que ocorrer a violação indevida da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. No ponto, com inteira razão, Mário Moacyr Porto diz que, com a Constituição de 1988, a responsabilidade civil do Estado, em razão do que dispõe o inciso X do art. 5º, restou ampliada, tendo o cuidado de acrescentar, ainda, que a enumeração do dispositivo em destaque é meramente exemplificativa¹³⁰⁶.

De mais a mais, ao contrário da prisão preventiva no curso do processo, a (detenção) que ocorre em flagrante delito se trata de ato praticado por agente que pertence ao Executivo. Dessa forma, as detenções ilegais levadas a efeito pelas autoridades policiais, por se tratarem de atos administrativos, geram a responsabilidade civil do Estado com base na regra geral do art. 37, § 6º,

¹³⁰⁶ Responsabilidade civil do Estado, p. 15.

da Constituição.

Portanto, em caso de flagrante forjado ou, de qualquer modo, fora das hipóteses do art. 302 do Código de Processo Penal ou sem a observância das formalidades para a sua legalidade, aí incluída a realização da audiência de apresentação, acarretando, com isso, a permanência indevida na prisão ou por mais tempo do que o permitido, tratam-se de circunstâncias que caracterizam hipótese de ressarcimento pelos danos materiais e morais ocasionados.

De outra banda, a prisão preventiva decretada na fase do inquérito, assim como a temporária, possuem prazos especificados em lei, cuja regra é de 10 (dez), 15 (quinze) ou 5 (cinco) dias, prorrogável por mais 15 (quinze) ou 5 (cinco) dias. Mesmo para quem entenda que em relação aos crimes hediondos ou a eles equiparados o prazo da temporária é mais alargado, há prazo fixo, que é de 30 (trinta) dias prorrogável por igual prazo.

Parece evidente que, ficando a pessoa presa além desses prazos, ela faz jus, por força do princípio constitucional em estudo, ao ressarcimento decorrente de erro praticado pelo Judiciário, que lhe deixou encarcerada por mais tempo do que o permitido em lei.

Essa observação é válida, outrossim, para a prisão preventiva decretada no curso processo, pois em que pese não haja prazo expresse para a sua duração, tem-se que a medida se torna ilegal quando o processo, sem que a defesa tenha dado causa, não é concluído, de acordo com o procedimento (ordinário, sumário ou especial), nos prazos previstos que representam, para todos os efeitos, a sua duração razoável¹³⁰⁷. Isso sem falar quando a permanência na prisão decorrer do fato de omissão do juiz em reexaminar o feito a cada 90 (noventa) dias, a fim de renovar a medida cautelar detentiva.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, em boa parte dos casos, não conhece da questão quando agitada por meio de recurso extraordinário, ao argumento de que a matéria envolve o reexame de fatos e provas (ARE-AgR 770931), embora haja claros sinais de avanço quanto ao tema, para assegurar o direito à decisão em caso de flagrante forjado (ARE-AgR 692442), especialmente diante da posição de que “3. O art. 5º, LXXV, da Constituição é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça”¹³⁰⁸.

Por fim, cabe ter em consideração que, sem embargo das críticas merecidas críticas, a Lei nº 13.869, de 2019, trouxe nova contribuição para o debate, conferindo fôlego à tese aqui defendida. Com efeito, o art. 9º, combinado com o art. 1º, § 2º, tipifica como crime a decretação de “... medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais”, o mesmo sucedendo quando, dentro do prazo razoável, a autoridade judiciária deixar de relaxar a prisão manifestamente ilegal, substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível, ou deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível (art. 9º, parágrafo único, incisos I, II e III).

Ora, se configurado o crime de abuso de autoridade, torna-se indefensável não reconhecer, nesse caso, o direito à indenização pelo erro judiciário. Esse direito à indenização, seja em razão de abuso imputado à autoridade policial ou ao juiz, nas hipóteses dos crimes plasmados no art. 12, caput e nos incisos I, II, III e IV, da Lei nº 13.869, de 2019.

6.2.9. Cumprimento do mandado de prisão (arts. 288, §2º, 289 e 299)

Até a edição da Lei nº 12.403, de 2011, não se tinha nenhum banco de dados sobre os mandados de prisão expedido e não cumpridos. O Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Justiça, quando abordavam o assunto, falavam apenas em termos de estimativas. Conjecturava-se que no Brasil havia por volta de 350.000 (trezentos e cinquenta mil) mandados de prisão para serem

¹³⁰⁷ Cf. itens 3.2.2.3 a 3.2.2.3.3 e 6.2.5.3, supra.

¹³⁰⁸ BRASIL- Conselho da Justiça Federal. STF, Primeira Turma, RE 505393, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, maioria, julgado em 26.07.2007. Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Acesso em: 31 jul. 2018.

cumpridos.

A segunda etapa da Reforma Tópica, seguindo a linha da simplificação dos atos processuais como instrumento para buscar a duração razoável do processo e a sua maior eficiência, promoveu algumas modificações substanciais no que se refere ao cumprimento dos mandados de prisão, especialmente no caso de agente situado em lugar fora da jurisdição em que tramita o processo.

As questões tratadas na reforma quanto ao cumprimento do mandado de prisão estão abordadas nos tópicos a seguir.

6.2.9.1. Cumprimento do mandado de prisão quanto ao dia, hora e o lugar

O sistema criminal brasileiro sempre estabeleceu, como regra, a possibilidade de o mandado de prisão ser cumprido a qualquer dia, hora e lugar. O Código de Processo Criminal de 1832 já ressaltava que “As prisões podem ser feitas em qualquer dia útil, santo ou domingo, ou mesmo de noite.” (art. 184). Não havia ressalva, sequer, em relação à inviolabilidade do domicílio, detalhe que não deixou de ser percebido pelo legislador do Código de Processo Penal de 1941, ao explicitar, com a redação originária do art. 283, que “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.”

O legislador da segunda etapa da Reforma Tópica não trouxe, a respeito, nenhuma alteração em relação à disciplina anterior. Apenas deslocou o seu conteúdo do caput para o § 2º do art. 283.

Assim, diferentemente da regra geral quanto ao horário para a prática dos atos judiciais, consagrada no Código de Processo Civil, e que se aplica, subsidiariamente, ao ambiente criminal, em se tratando de mandado de prisão, o responsável pelo seu cumprimento pode cumprir a ordem judicial em qualquer dia e hora, ou melhor, durante o dia ou à noite, desde que resguardada a inviolabilidade do domicílio¹³⁰⁹.

Observe-se que a norma em destaque não está regulando a detenção/prisão em flagrante, mas, sim, a prisão que é efetuada com base em ordem judicial, ou seja, a situação em que o agente do Estado pratica um ato processual, mediante a execução do mandado. Por exemplo, se um policial, em uma blitz, identifica que a pessoa tem contra si um mandado de prisão expedido, poderá, independentemente do horário, efetuar a prisão. Isso pode ocorrer em dia útil, sábado, domingo ou feriado, na rua ou em estabelecimento aberto ao público¹³¹⁰.

Pena, porém, que o legislador não aproveitou a oportunidade para esclarecer de uma vez por todas que, estando a pessoa contra quem há o mandado expedido em lugar protegido pela garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, independentemente do horário, sem o consentimento do morador, deverá, necessariamente, além do mandado de prisão, ser expedido o de busca e apreensão ou um único documento, de busca e apreensão/prisão, embasado em decisão judicial que, fundamentadamente, flexibilize os dois direitos fundamentais, quais sejam, o direito de liberdade e o de inviolabilidade do domicílio que, não raro, no caso concreto, pertencem a pessoas diferentes.

Aliás, o art. 243, § 1º, do CPP é expresso, ao dizer que, “Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.”

¹³⁰⁹ Quanto ao alcance da inviolabilidade do domicílio e a definição das expressões casa, morador, noite e determinação judicial, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**, p. 642-661.

¹³¹⁰ Bares, clubes, teatros, cinemas, restaurantes, mercados, supermercados, shoppings centers etc., “... diferentemente dos locais nos quais são desempenhadas outras atividades da iniciativa privada, quando abertos ao público, não estão compreendidos pela expressão casa, de modo que as autoridades policiais podem, livremente, transitar e exercer o poder de polícia, independentemente do consentimento ou de autorização judicial. Porém, no momento em que esses estabelecimentos se encontram fechados para o público, para neles ingressar, é preciso o consentimento do morador. (Ibid., p. 648)

Por isso mesmo, em outro trabalho¹³¹¹, sustentamos que a expedição de mandado de busca e apreensão não dá poder para a prisão processual. Uma coisa é o juiz determinar a prisão de alguém, outra, totalmente diferente, é autorizar o policial a ter acesso ao interior de uma casa. Quando o magistrado decreta apenas a prisão e manda expedir o respectivo mandado, a ordem é para que, sendo ele encontrado, proceda-se ao seu recolhimento.

Caso se queira permitir que a autoridade policial entre na casa para lá efetuar a prisão, o juiz tem, além de fundamentar a decretação da prisão, de justificar a flexibilização do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, naturalmente com a exposição dos motivos que o faz crer que se encontra refugiada no local a pessoa contra quem expedido o mandado. Aliás, essa é a inteligência a ser emprestada ao art. 243, § 1º, do Código de Processo Penal, ao estabelecer que, sendo deferida a diligência investigatória, bem assim a captura de alguém, deve constar do mandado de busca a ordem de prisão (“Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.”).

Como dois são os direitos fundamentais — direito de liberdade física e à inviolabilidade do domicílio —, a flexibilização, por ordem judicial, tem de ser motivada em relação aos dois aspectos. Por isso mesmo, a autoridade policial, munida apenas do mandado de prisão, não tem autorização judicial para proceder à busca domiciliar. Se a pessoa procurada estiver escondida ou recolhida em uma determinada casa, para que seja efetuada, legalmente, a sua prisão no local, havendo recusa por parte do morador, é preciso que se obtenha a autorização judicial para a invasão.

Esse entendimento já era defendido por Câmara Leal¹³¹², ao esclarecer que “O simples mandado de prisão não dá ao executor o direito de penetrar na casa alheia, e sem um mandado especial, concedendo-lhe esse poder, o executor não poderá penetrar na casa em que se acha homisiado aquele contra quem se dirige a prisão.” Essa orientação é perflhada por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues¹³¹³, pois defendem que, nesse caso, “... o mandado de prisão deve se fazer acompanhar por autorização judicial para o ingresso domiciliar”.

Naturalmente, se o morador da casa na qual estiver a pessoa a ser presa der o consentimento para que o mandado de prisão seja cumprido, não haverá necessidade da ordem de busca, senão que seja a diligência realizada durante o dia. A não ser, é claro, que a pessoa tenha ingressado na casa sem o consentimento do morador, hipótese a caracterizar a prática do crime de invasão de domicílio, a permitir a detenção/prisão em flagrante por esse fato delituoso.

A forma imperativa do disposto no art. 293, caput, do Código de Processo Penal não infirma o que foi salientado acima. Para melhor exame, merece reprodução a dicção normativa do art. 293, caput, do CPP:

Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará aguardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

Câmara Leal, em lição dada ainda quando estava em vigor a Constituição de 1937, com a sua perspicácia, alertava que esse art. 293, caput, do CPP, não se coadunava com a regra do art. 240, § 1º, letra *a*, e tornava sem sentido a norma do art. 243, § 1º, aqui já referido. Eis, pela maestria, as palavras de Câmara Leal a respeito:

O art. 293 carece de um reparo. Não parece que esteja em harmonia com o dispositivo do art. 243

¹³¹¹ Ibid., p. 661.

¹³¹² **Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro**, v. II, p. 182.

¹³¹³ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 4. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 502.

do Código. Quando o réu se encontra em alguma casa, e há ordem de prisão contra ele, parece que o mandado para sua prisão deverá ser o de busca e apreensão, não bastando o simples mandado de prisão. Se assim não fora o art. 243 ficaria sem aplicação no caso de busca para prisão de criminosos. Pelo art. 240, § 1º, letra a, a busca domiciliar deve ser efetuada para prender criminosos. Fica, pois, entendido que, se o réu se ocultar em alguma casa, o meio para tornar efetiva sua prisão é a busca. Ora esta depende de mandado especial, cujas formalidades são estabelecidas pelo art. 243. Cumpre ainda notar que o § 1º do art. 243 faz referência especial ao mandado de busca com ordem de prisão. Não se poderá, portanto, conciliar os dois dispositivos. Sendo necessário o mandado de busca, não se explica a entrada à força na casa, com simples mandado de prisão.

Se a norma em destaque não resiste, sequer, à crítica feita com um olhar apenas subconstitucional, melhor sorte não lhe é reservada ao exame conforme a Constituição em vigor. O art. 293, caput, do CPP, foi elaborado em consonância com a Constituição de 1937, a qual, laconicamente, no ponto, apenas disse que “A Constituição assegura a inviolabilidade do domicílio” (art. 122, § 6º), ao passo que as demais constituições, até a de 1967, a par de retomar o cuidado de explicitar a garantia com mais detalhes, excepcionava as hipóteses disciplinadas em lei ordinária.

A Constituição de 1988, com seu verniz democrático, não conferiu espaço para o legislador infraconstitucional estabelecer exceções à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, senão nas situações nela descritas, quais sejam, “... em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial.”

Portanto, a exceção do art. 293, caput, do Código de Processo Penal, criada pelo legislador infraconstitucional, ademais de apresentar antinomia em relação aos arts. 240, § 1º, letra a, e 243, § 1º, todos do CPP, está revogada pela Constituição de 1988.

6.2.9.2. Cumprimento de mandado de prisão de agente fora da jurisdição do juiz processante

Antes do Código de Processo Penal de 1941, a forma de cumprimento do mandado de prisão de agente fora da jurisdição do juiz processante era mediante o mecanismo denominado *extradição interestadual*, disciplinado pelo Decreto nº 39, de 30 de janeiro de 1892¹³¹⁴. O CPP atual simplificou a forma do cumprimento do mandado de prisão nessa hipótese, com a adoção no ambiente criminal, mediante a redação emprestada ao art. 289, caput, da carta precatória como meio de comunicação processual entre os órgãos jurisdicionais (“Quando o réu estiver no território nacional, em lugar estranho ao da jurisdição, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.”).

Essa regra do art. 289, caput, foi mantida, tendo o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica aproveitado, diante da introdução de novos parágrafos, apenas para substituir a expressão *em lugar estranho ao da jurisdição* por *em lugar fora da jurisdição do juiz processante*. A norma aqui prevista é para aquela situação em que o juiz, quando expede o mandado de prisão, já sabe, de antemão, que o agente está em localidade submetida à jurisdição de outro magistrado.

Se pelas informações dos autos o agente reside na sede do juízo no qual tramita o processo, o juiz providencia, apenas, a expedição do mandado de prisão, devendo o agente encarregado de cumpri-lo executá-lo independentemente do dia, hora e lugar, com as ressalvas feitas no tópico 6.2.9.1, supra. O mesmo se diga caso o agente esteja foragido, em lugar incerto e não sabido.

A simplificação quanto ao cumprimento do mandado de prisão de agente que se encontra à distância principia com a ressalva referente aos casos em que houver urgência. Na disciplina anterior, o então parágrafo único do art. 289 permitia que, havendo urgência, o juiz processante requisitasse a prisão por meio de telegrama, exigindo, porém, na parte final, que, antes, o original fosse levado à respectiva agência telegráfica, para fins de autenticação da firma do magistrado,

¹³¹⁴ Ibid., p. 203.

providência que tinha de constar na mensagem.

Com a segunda etapa da Reforma Tópica, no caso de urgência, a forma de requisição pelo juiz do cumprimento do mandado de prisão expedido por outro magistrado ficou mais simples, pois o juiz poderá fazê-lo não apenas por *telegrama*, mas “... por qualquer meio de comunicação”, sem a necessidade de autenticação da firma, devendo constar, apenas, “... o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.” (art. 289, § 1º, do CPP). Alertou-se, apenas, para que a autoridade judiciária solicitada tome “... as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.” (art. 289, § 2º, do CPP).

Resta clara a intenção do legislador em permitir que a comunicação entre os órgãos jurisdicionais seja feita, igualmente, por meios eletrônicos, o que, aliás, já vem sendo observado, diante do que dispõe a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006 (Lei da Informatização do Processo)¹³¹⁵, a qual diz que “As cartas precatórias, rogatórias, de ordem e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário, bem como entre os deste e os dos demais Poderes, serão feitas preferencialmente por meio eletrônico.” (art. 7º). A forma eletrônica de expedição das comunicações pode ser adotada no processo informatizado ou mesmo nos autos em papel.

Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça, além de outros fundamentos, com supedâneo na eficiência operacional, razoável duração do processo e na modernização da administração da justiça, por meio da Resolução nº 100, de 6 de abril de 2010, disciplinou a comunicação oficial por meio eletrônico no Poder Judiciário, elegendo o sistema Hermes — Malote Digital como padrão¹³¹⁶.

A requisição do cumprimento do mandado de prisão, portanto, ainda que não seja caso de urgência, poderá ser feita pela via eletrônica, independentemente de um dos órgãos jurisdicionais não adotar o Sistema Hermes, já que, acertadamente, em atenção ao art. 7º da Lei nº 11.419, de 2006, a Resolução do CNJ de nº 100, de 2010, não veda a comunicação oficial por “... outros meios de comunicação eletrônica utilizados pelos sistemas processuais existentes nos órgãos do Poder Judiciário.” (art. 1º, § 1).

A crítica a ser feita é que o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica, com visão sistêmica do ordenamento jurídico nacional, assim como da política judicial desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça, deveria ter redigido a norma de modo diferente, a fim de colocar a comunicação eletrônica como a regra, ou melhor, desde que possível, e não apenas para os casos de urgência. Seja como for, cabe ao juiz, como salientado, independentemente de o caso ser urgente, ou não, sempre que possível, encaminhar a requisição do cumprimento do mandado de prisão pela via eletrônica.

Ainda sobre o cumprimento à distância, o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica se ocupou em modificar a redação do art. 299 do CPP. A razão de ser foi a mesma que guiou a modificação do art. 289, comentada acima. Conforme a redação anterior do art. 299 do Ordenamento Processual Penal, “Se a infração for inafiançável a captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por via telefônica, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.” A alteração promovida com a Reforma Tópica no art. 299 do CPP foi apenas para retirar a referência à circunstância de *infração ser inafiançável*, o que efetivamente não tinha mais sentido e, por outro lado, para substituir a

¹³¹⁵ Embora não houvesse necessidade, para evitar qualquer dúvida quanto à aplicação da Lei nº 11.419, de 2006, a todo e qualquer processo, ressaltou-se, que “Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.” (art. 1º, § 1º).

¹³¹⁶ O Sistema Hermes foi desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Trata-se de um “conjunto de módulos de sistemas computacionais com finalidade de organização, autenticação e armazenamento de comunicações recíprocas, oficiais ou não, entre as Unidades Organizacionais do Poder Judiciário Nacional.” (item XI do Anexo da Resolução do CNJ nº 100, de 2010), enquanto malote digital é o “módulo do Sistema Hermes responsável pela organização, autenticação e armazenamento de comunicações oficiais recíprocas entre as Unidades Organizacionais do Judiciário Nacional” (item XII do Anexo da Resolução do CNJ nº 100, de 2010).

expressão *via telefônica*, a fim de colocar, em seu lugar, *por qualquer meio de comunicação*¹³¹⁷.

Exame menos atento pode dar a entender que essa disciplina do art. 299 se contrapõe à do art. 289, caput, ambos do Código de Processo Penal. A assimetria, porém, é apenas aparente. A hipótese imaginada no art. 299 do CPP é aquela em que, tendo o magistrado expedido o mandado de prisão no pressuposto de que a pessoa reside na sede na qual tramita o processo, quando está para cumprir a ordem judicial, a autoridade policial verifica que a pessoa está em outra localidade, fora da jurisdição.

Não fosse essa norma, cuja intenção é desburocratizar o cumprimento do mandado de prisão, a autoridade policial, à vista dessa informação, teria de efetuar a devolução da ordem judicial ao magistrado, a fim de que, então, fosse expedida a carta precatória. A situação aqui imaginada, não se pode negar, é simples. Mas não é raro a pessoa, sabendo que há mandado de prisão contra si, ficar mudando de cidade em cidade, a fim de não ser presa. Seria burocracia desarrazoada, a dificultar o cumprimento do mandado de prisão e a eficiência do sistema criminal, exigir que o juiz processante, a cada nova notícia de modificação da cidade do agente, teria de expedir nova carta precatória.

A regra do art. 299 também não se confunde com a do art. 290, ambos do CPP. Este último autoriza o agente policial, no cumprimento do mandado de prisão, que pode ter sido encaminhado por precatória, ou não, a entrar em outro Estado da federação para efetuar a diligência, desde que a ultrapassagem dos limites territoriais tenha ocorrido em razão da perseguição empreendida contra a pessoa procurada. Não seria razoável que o agente policial tivesse de parar a perseguição, apenas em razão de ter chegado aos limites territoriais de seu Estado.

De toda sorte, nos parágrafos do art. 290 do CPP, a fim de evitar abusos e a burla ao sistema federativo adotado pela Constituição, em outras palavras, à autonomia política e administrativa de cada Estado, o legislador cuidou de definir quando se considera que há *perseguição policial* a justificar a realização da diligência conforme permitido em seu caput. No ponto, conforme o § 1º do art. 290 do CPP, “Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando: a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista; b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encaço”.

Na intenção de simplificar ainda mais o cumprimento dos mandados de prisão, foi determinada, no art. 289-A do CPP, a criação, pelo Conselho Nacional de Justiça, de um banco de dados para fins de registro dos mandados de prisão, o que foi levado a efeito mediante a Resolução nº 137, de 13 de julho de 2011, denominando-o Banco Nacional de Mandados de Prisão — BNMP. O ato normativo em referência será objeto de estudo no item a seguir, cabendo, por ora, abordar o § 1º do art. 289-A do Código de Processo Penal, que dispõe: “Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu”.

Como se vê, trata-se de norma direcionada à autoridade policial, não sendo, propriamente, uma exceção à regra da expedição da carta precatória, embutida no art. 289, caput, do Código de Processo Penal. Se o agente reside em outra localidade e lá se encontra, sendo essa circunstância do conhecimento do juiz que decretou a prisão, deve o magistrado expedir a carta precatória, sem prejuízo da necessidade de fazer o registro no Banco Nacional de Mandados de Prisão. Porém,

¹³¹⁷ Anteriormente, esse art. 299 do CPP se referia, apenas, aos crimes inafiançáveis. Isso porque, quanto aos crimes afiançáveis, a disciplina estava no art. 298 do CPP. Em razão de o comando normativo do art. 299 do CPP, com a alteração efetuada, ser aplicável, indistintamente, aos crimes inafiançáveis ou não, não tinha mais sentido a manutenção da regra do art. 298 do CPP. Não cabe dizer que a regra em destaque deve permanecer, uma vez que ali se diz que, sendo afiançável, deve ser arbitrada a fiança. Ora, bastava ter sido feita essa ressalva no próprio texto do art. 299 ou, então, inserir um parágrafo único. Por outro lado, não era o caso mesmo de referência à fiança. De fato, se for decretada a prisão preventiva ou temporária é porque não é caso de fiança, porquanto se sabe que esta não é admissível, salvo na hipótese do art. 310, III, do CPP, “quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)” (art. 324, IV, do CPP). O pior é que, tal como está dito no art. 298, a requisição da captura na hipótese lá imaginada, que excepciona a expedição da carta precatória, permite como meios de comunicação a via postal ou telegráfica, ao passo que a alteração promovida no art. 299 foi, exatamente, para permitir que a requisição seja feita por qualquer meio de comunicação.

independentemente da expedição da carta precatória, ou não, se o mandado de prisão estiver registrado no Banco Nacional de Mandados de Prisão, controlado pelo Conselho Nacional de Justiça, qualquer agente policial, sendo possível, tem o dever de efetuar a captura.

A expressão *poderá* do art. 289, §1º, do CPP, utilizada pelo legislador, não deve ser considerada como se o cumprimento da diligência seja uma *faculdade* do agente de polícia, pois, como se sabe, nessa área de atuação, o princípio reitor é o da *obrigatoriedade*. O *poderá* é mais no sentido de *validade* da intervenção do agente policial do que uma atribuição a ser desempenhada, ou não, conforme o seu juízo de *oportunidade e conveniência*.

Em qualquer hipótese, efetuada a prisão em cumprimento ao mandado de prisão expedido por juiz de outra jurisdição, deve ser feita, imediatamente, pela autoridade judiciária deprecada, no caso do art. 289, caput, ou pela autoridade policial, na situação descrita no art. 299, ambos do CPP, a comunicação do fato, a fim de que aquele providencie a *remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida*. (art. 289, § 3º). De toda sorte, nesse caso, antes da remoção e dentro do prazo legal, o preso deve ser levado à presença do juiz da localidade em que efetuada a prisão, a fim de que seja realizada a audiência de apresentação (custódia), nos termos do art. 287, do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 13.964, de 2019.

6.2.9.3. Banco Nacional de Medidas Penais de Prisões (BNMP 3.0)

A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, ao determinar a criação de banco de dados para registro dos mandados de prisão, atribuiu essa missão ao Conselho Nacional de Justiça, na qualidade de órgão estratégico e central do sistema judicial, a quem foi atribuída a incumbência de regulamentar e manter o sistema (art. 289-A, caput e § 6º, do Código de Processo Penal). Cumprindo o encargo legal, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 137, de 2011, com a qual criou o sistema eletrônico, denominado *Banco Nacional de Mandados de Prisão — BNMP*, com a finalidade de registrar as ordens de prisão expedidas pelas autoridades judiciárias, ficando a cargo dos magistrados o envio das informações e a atualização dos dados (art. 1º, § 1º da Resolução nº 137, de 2011).

Tendo em consideração que uma das finalidades do banco de dados para registro dos mandados de prisão era dar o conhecimento, a qualquer pessoa, de quem está sendo procurado pelo Judiciário, facilitar o cumprimento de diligências por parte das autoridades policiais, assim como auxiliar os juízes no exercício de sua jurisdição, restou consignado no art. 2º da Resolução em foco que o BNMP ficaria à disposição de toda e qualquer pessoa, hospedado em sítio eletrônico mantido na rede mundial de computadores (internet) pelo CNJ, sendo acessível o seu conteúdo independentemente de prévio cadastramento ou demonstração de interesse¹³¹⁸, a qualquer hora ou dia.

Quanto ao funcionamento do BNMP, a ideia era de que funcionasse ininterruptamente, as 24h dos dias úteis, sábados, domingos e feriados. Acontece que, sendo da responsabilidade do CNJ a manutenção do sistema, diante do número reduzido e insuficiente de servidores, na Resolução ficou consignado que a consulta ao BNMP na rede mundial de computadores estaria garantida, apenas, em dias úteis, das 8h às 22h, até que o Conselho Nacional de Justiça fosse dotado de estrutura que possibilitasse esse suporte (art. 8º). Atente-se, porém, que não se disse que o serviço não seria ininterrupto, ou seja, que não funcionaria as 24h dos dias.

Evidenciou-se, tão somente, o período em que seria garantido o funcionamento do sistema, de modo que se, nesse intervalo de tempo, ocorresse algum problema no fornecimento do serviço, haveria técnicos para restaurar o acesso. Esse preceito só foi inserido na época em atenção

¹³¹⁸ Para fazer a devida sistematização das normas editadas pelo CNJ, a Resolução nº 137, de 2011, determinou a inclusão do inciso V no art. 2º da Resolução nº 121, de 2010 (disciplina a disponibilização de informações processuais na rede mundial de computadores), a fim de que, assim, fique relacionado, dentre os dados básicos dos processos, disponíveis a livre acesso por qualquer do povo na rede mundial de computadores, “os mandados de prisão registrados no BNMP.” (art. 12)

à preocupação expressada pela equipe do setor de Tecnologia e da Informação do CNJ, que não quis, diante da falta de estrutura, assumir a responsabilidade pelo atendimento técnico de prontidão, par ao caso de alguma falha no sistema.

Pelo sistema criado, o Banco Nacional de Mandados de Prisão ficou disponível no site do Conselho Nacional de Justiça, acessível livremente a *consulta pública*, de modo que quem quer que seja, agente do Estado, ou não, poderia ter ciência se existia em relação a uma determinada pessoa um mandado de prisão a cumprir, bastando, para tanto, digitar o respectivo nome no campo específico do banco de dados em foco.

Não merece agasalho eventual ponderação de que essa exposição na internet pode ocasionar maltrato aos preceitos constitucionais do direito à privacidade, à imagem, à vida privada ou à honra, diante da ampla possibilidade de acesso às informações por qualquer pessoa pela rede mundial de computadores. Ora, trata-se de dados a respeito de pessoas que estão foragidas, sendo procuradas pela polícia, em razão de determinação judicial.

Por outro lado, caso não houvesse a ampla publicidade, restaria frustrada uma das principais finalidades do BNMP, que era facilitar o cumprimento dos mandados pelas autoridades policiais.

O irrestrito acesso ao banco de dados possibilita que o policial, em uma blitz, por exemplo, possa, facilmente, conferir se há, em relação a uma determinada pessoa em atitude suspeita, algum mandado de prisão expedido. Por outro lado, serve, até mesmo, para que qualquer pessoa, ao se relacionar social ou profissionalmente com outra, possa saber se aquela é, ou não, foragida da justiça. Esse tipo de informação é sobremaneira relevante, por exemplo, para quem vai contratar alguém para trabalhar em sua residência ou mesmo empresa.

Restringir esse acesso ao banco de dados, mediante a exigência de senha, burocratizaria a consulta aos mandados de prisão em aberto, ademais de dificultar a conferência a esse respeito pelo policial que atua na rua e, de outra banda, sonegar da população o acesso a informação fundamental.

Até para que efetivamente o BNMP servisse para os seus fins, a Resolução 137, de 2011, padronizou os mandados de prisão, incluindo, dentre os elementos mínimos, a personalidade do mandado de prisão — devendo ser um para cada pessoa (art. 3º, caput) —, numeração única nacional¹³¹⁹, prazo da prisão temporária¹³²⁰, data limite presumida para o cumprimento do mandado de prisão preventiva de acordo com a prescrição em abstrato ou em concreto e os dados existentes a respeito da pessoa, inclusive, quando possível, características físicas relevantes, conforme parâmetros já existentes no INFOSEG e a foto da pessoa procurada (art. 3º, § 2º, XII)¹³²¹.

¹³¹⁹ Adotou-se, para tanto, a ideia de a numeração corresponder ao número do processo judicial, como preceitua a Resolução nº 65, de 2008, do CNJ, acrescido de um número sequencial de quatro dígitos.

¹³²⁰ A fixação do prazo da prisão, quando se tratar de prisão temporária (art. 3º, X, da Resolução 137, 2011), reforça o que foi dito no item 6.2.6.2, supra, de que, não tendo havido a prorrogação, a autoridade policial deve, incontinenti, esgotado o prazo, colocar o agente em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo magistrado.

¹³²¹ A Resolução, em verdade, colocou os requisitos uniformes quanto a informações sobre o órgão jurisdicional responsável pela expedição do mandado de prisão e o respectivo processo e os dados quanto à identificação da pessoa a quem se refere a ordem. As informações sobre o órgão jurisdicional e o processo estão no caput do art. 3º, que são as seguintes: “I — seu número, composto pelo número do processo judicial, na forma da Resolução nº 65/2008 do CNJ, acrescido de um número sequencial de quatro dígitos; II — o número do processo ou procedimento, na forma da Resolução n.º 65/2008 do CNJ; III — tipo e número do procedimento ou documento que originou o processo judicial em que foi expedido o mandado, conforme tabela a ser editada em portaria da Presidência do CNJ; IV — nome do magistrado expedidor; V — denominação do órgão judiciário em que foi expedido o mandado; VI — qualificação da pessoa a que se refere o mandado de prisão; VII — códigos nacionais dos assuntos criminais a que se refere o mandado; VIII — espécie da prisão decretada; IX — dispositivo da decisão que decretou a prisão; X — prazo da prisão, quando se tratar de prisão temporária; XI — pena imposta e regime de cumprimento da pena, quando se tratar de prisão decorrente de condenação criminal, recorrível ou definitiva; XII — data limite presumida para cumprimento do mandado de prisão de acordo com a prescrição em abstrato ou em concreto; XIII — o valor do montante da fiança arbitrada, quando for o caso; e XIV — data e local da expedição.” Os dados referentes à qualificação da pessoa procurada, que deverão, necessariamente, ser incluídos, quando disponíveis, estão no § 1º do art. 3º da Resolução 137, de 2011, os quais são: “I — nome; II — alcunha; III — filiação; IV — data de nascimento; V — naturalidade; VI — sexo; VII — cor; VIII — profissão; IX — endereço no qual pode ser encontrada; X

O escopo perquirido com a criação do BNMP não se conteve apenas na intenção de servir de instrumento para tornar mais eficiente o cumprimento dos mandados de prisão. Teve o intuito, igualmente, de facilitar a atuação do juiz, quanto a saber se em relação a uma determinada pessoa existe, ou não, mandado de prisão expedido, antes de qualquer decisão relevante, sendo essa informação imprescindível quando da apreciação do pedido de decretação de qualquer medida cautelar de ordem pessoal ou de concessão de liberdade provisória.

Para o efetivo funcionamento do BNMP foi preciso que os mandados de prisão então existentes fossem expedidos novamente, contendo os requisitos mínimos necessários elencados, a começar pela numeração única (art. 7º, *caput*). Até porque, em razão da criação das medidas cautelares alternativas pela Lei nº 12.403, de 2011, conferindo-se à prisão temporária ou preventiva caráter subsidiário, a Resolução determinou que os juízes responsáveis pelos mandados deveriam atuar, “... em razão do disposto nos artigos. 282, § 6º, e 313 do Código de Processo Penal, na revisão da necessidade, ou não, da manutenção da prisão preventiva decretada¹³²².

No afã de chamar os tribunais à responsabilidade quanto à coordenação, orientação, auxílio e fiscalização da reedição dos mandados de prisão pelos magistrados, determinou-se que o “Os Tribunais, com o auxílio das Corregedorias Gerais, deverão, no prazo de 30 (trinta) dias, criar grupo de trabalho para o cumprimento do disposto no *caput* do artigo antes referido (§ 1º do art. 7º), com a definição das atribuições (incisos I, II e III)¹³²³.

Infelizmente, apesar de o art. 6º ter definido o prazo de seis meses, contados da publicação da Resolução¹³²⁴, para fins de obrigatoriedade de registro no BNMP dos mandados de prisão, houve alguma demora para a alimentação do banco de dados¹³²⁵. No entanto, posteriormente, os mandados de prisão passaram a ser registrados no BNMP, nada obstante a recalcitrância, inaceitável, de alguns juízes.

Mas havia um problema. O banco só informava o número de mandados a cumprir e cumpridos, com as respectivas identificações, ademais de não haver um controle quanto à exclusão do BNMP dos mandados já cumpridos. Ou seja, o banco não se prestava para efetivamente informar quantos mandados de prisão existiam para serem cumpridos.

Com a finalidade de aperfeiçoar o sistema, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 251, de 9 de setembro de 2018, lançando a nova versão do banco, denominando-o *Banco Nacional de Monitoramento de Prisão (BNMP 2.0)*. O novo modelo, além do monitoramento dos mandados de prisão expedidos e não cumpridos, inovou ao possibilitar o efetivo controle do cumprimento das ordens de prisão e de soltura, gerando, ainda, um Cadastro Nacional de Presos, com o registro da guia de recolhimento. Em tempo real, informava o número de pessoas presas, distinguindo entre provisórios e condenados, homens e mulheres, tipificação penal e unidades da federação¹³²⁶.

— características físicas relevantes, conforme parâmetros já existentes no INFOSEG; XI — códigos identificadores de documentos oficiais; XII — fotografia.”

¹³²² Cf. item 6.1.5, *supra*.

¹³²³ Essas atribuições eram apenas no sentido de “coordenar e fiscalizar o cumprimento da presente Resolução, oferecendo apoio técnico operacional aos magistrados encarregados da expedição do mandado de prisão”, “analisar e conferir a consistência das informações no banco de dados local e das informações encaminhadas ao BNMP” e, por fim, “apoiar os magistrados, em razão do disposto nos artigos 282, § 6º, e 313 do Código do Processo Penal, na revisão da necessidade, ou não, da manutenção da prisão preventiva decretada.” Não há, portanto, nenhuma interferência na independência jurisdicional nem muito menos ofensa ao juiz natural.

¹³²⁴ O prazo foi bastante generoso, uma vez que a Resolução em referência foi editada em 23 de julho de 2011. Em verdade, de acordo com a Lei nº 12.403, de 2011, esse sistema deveria estar funcionando a partir da vigência da Lei, ou seja, do mês de julho 2011. A Resolução estendeu a obrigatoriedade por mais 7 (sete) meses, mas, mesmo assim, os tribunais não cumpriram a determinação legal.

¹³²⁵ Conforme os dados disponíveis em 29 de fevereiro de 2012, eram 230 aguardando cumprimento; 29 cumpridos; e 35 com prazo de validade expirado. Menos de quatro meses depois, de acordo com consulta feita ao BNMP em 24 de junho de 2012, já eram 29.318 aguardando cumprimento; 7.677 cumpridos; e 1.325 com prazo de validade expirado. (Cf. <http://www.cnj.jus.br/bnmp>).

¹³²⁶ Em consulta ao BNMP 2.0, realizada em agosto de 2018, verificou-se a existência do registro de 711.225 mandados de prisão, havendo, entre foragidos e procurados, 190.371 mandados de prisão pendentes de cumprimento. De acordo com os dados da época, havia 602.532 pessoas presas no Brasil, sendo 573.50 homens e 29.485, mulheres. Mas o exame do

Por fim, aprimorando ainda mais esse banco de dados, o CNJ revogou o ato normativo acima referido, mediante a edição da Resolução nº 417, de 20 de setembro de 2021, passando a denominar o registro desses dados criminais como *Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0)*, a fim de que além dos mandados de prisão a cumprir e cumpridos sejam inseridas também informações de diversas medidas criminais previstas em nosso sistema, atendendo, assim, a reclamação de parte da doutrina, especialmente quanto à ausência de registro das medidas cautelares diversas da prisão e penas alternativas.

A atribuição do Conselho Nacional de Justiça quanto ao BNMP se esgota no dever de manter e disponibilizar o sistema eletrônico na rede mundial de computadores (art. 1º, caput, e art. 36, caput, da Resolução nº 417, de 2021), de modo que a responsabilidade pelo lançamento e atualização das informações, assim como pelo conteúdo disponibilizado, é exclusivamente da alçada dos tribunais e das autoridades judiciárias responsáveis (art. 1º, § 2º, e art. 36, § 2º, da Resolução nº 417, de 2021), que deverão alimentar o sistema mediante *Application Programming Interface (API)* (art. 27, caput, da Resolução nº 417, de 2021), ferramenta eletrônica que viabiliza entre plataformas distintas.

Por isso mesmo, quaisquer esclarecimentos sobre as informações constantes do BNMP devem ser solicitadas exclusiva e diretamente ao órgão judiciário responsável pela expedição e registro do documento no sistema (art. 36, § 2º, da Resolução nº 417, de 2021).

Em verdade, o BNMP 3.0 foi concebido tendo em conta a determinação contida na Lei nº 13.827, de 2019, que impôs a criação de sistema para fiscalização das medidas protetivas e, ainda, a decisão exarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 641.320, que consignou a necessidade de implantação do projeto de estruturação do cadastro nacional de presos.

Dessa forma, para além da evidente importância do registro dos mandados de prisão e das pessoas privadas do direito de liberdade, o BNMP passou a albergar também informações referentes às medidas penais e protetivas de urgência, servindo para promover o direito à segurança pública, facilitar o acompanhamento das medidas alternativas pelos respectivos órgãos e garantir os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva.

Assim, nos termos da Resolução nº 417, de 2021, o BNMP 3.0 passou a ser banco de dados “... com o fim de geração, tramitação, cumprimento e armazenamento de documentos e informações relativas a ordens judiciais referentes à imposição de medidas cautelares, medidas protetivas, alternativas penais, condenações e restrições de liberdade de locomoção das pessoas naturais” (art. 1º, caput).

Para tanto, devem ser expedidos pelos órgãos jurisdicionais dentro do BNMP 3.0 os seguintes documentos: (i) alvará de soltura/mandado de desinternação; (ii) mandado de prisão; (iii) mandado de internação; (iv) mandado de monitoramento eletrônico; (v) mandado de acompanhamento de alternativa penal, incluindo-se medidas cautelares, protetivas, e acompanhamento de execução; (vi) mandado de revogação de monitoramento eletrônico; (vii) mandado de revogação de medidas cautelares, protetivas e acompanhamento de execução; (viii) contramandado; (ix) mandado de condução coercitiva para fins do artigo 366 do CPP; (x) guia de Recolhimento, Execução ou Internação; (xi) mandado de condução coercitiva para cumprimento de pena em meio aberto; e (xii) certidão de extinção da punibilidade por morte (art. 2º, incisos I a XII, da Resolução nº 417, de 2021).

No desejo de que o banco de dados se transforme em fonte de consulta quanto a informações criminais sensíveis, o § 1º do art. 2º da Resolução nº 417, de 2021, impõe ainda o registro no BNMP 3.0 (i) do auto de prisão em flagrante; (ii) da audiência de custódia; (iii) do cumprimento do mandado de acompanhamento de alternativa penal; (v) do cumprimento do

números de pessoas presas por unidade da federação, naquele momento permitiu observar que nem todos estavam cumprindo a resolução, restando claro, pelo pequeno número de mandados registrados, que o Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul não estava alimentado o sistema (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: www.bnmp2.cnj.jus.br Acesso em: 7 ago. 2018.

mandado de internação; (vi) do cumprimento do alvará de soltura; (vii) do cumprimento da ordem de desinternação; (viii) da fuga; (ix) da evasão; (x) da alteração de unidade prisional; (xi) da alteração do regime de cumprimento de pena; (xii) da aplicação do regime disciplinar diferenciado; (xiii) da transferência de documentos para outras unidades judiciárias em razão de declínios de competência; (xiv) da unificação de mandados de prisão; (xv) de todos os eventos de criação, assinatura, publicação, retificação, exclusão e invalidação de documentos gerados no BNMP 3.0; (xvi) das saídas temporárias; e (xvii) dos eventos de fiança arbitrada pela autoridade policial ou judiciária, recolhida ou não.

O registro no BNMP da pessoa em relação à qual imposta alguma das medidas estabelecidas no art. 2º da Resolução do CNJ nº 417, de 2019, é individualizado com o número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Física (CPF), salvo se a pessoa não possuir CPF, hipótese na qual o sistema, automaticamente, atribuirá um número de registro subsidiário e provisório, denominado *Registro Judicial Individual*, devendo, porém, posteriormente, o juiz responsável providenciar a emissão dessa documentação civil, com a consequente atualização do cadastro (art. 4º, § 2º, da Resolução do CNJ nº 417, de 2019). Essa estratégia é de vital importância, no propósito de evitar duplicidade de registros em relação a uma mesma pessoa, com identificação diferente, dificultando o usuário de obter informação precisa sobre a situação da pessoa investigada, acusada ou condenada.

Quanto ao mandado de prisão, foram elencados apenas elementos mínimos relativos ao seu conteúdo, que deverá conter (a) a qualificação da pessoa, (b) a espécie de prisão, (c) os motivos, (d) o fundamento jurídico, (e) o tipo penal em que incurso, (f) o valor da fiança arbitrada quando afiançável a infração e (g) a data de validade (art. 11 da Resolução do CNJ nº 417, de 2019). Para facilitar e uniformizar o registro no BNMP, o parágrafo único do art. 11 da Resolução em menção apresenta o rol das espécies de mandado de prisão e os respectivos motivos que devem ser assinalados pelo órgão expedidor.

A fotografia deixou de ser elencada como conteúdo do mandado de prisão, o que se lamenta, pois essa informação é de alta relevância para a identificação da pessoa procurada, ainda mais em razão das dimensões continentais do Brasil. Episódio envolvendo um pedófilo considerado uma das pessoas mais procuradas pela polícia americana, serve de exemplo quanto à razão de ser de os dados do BNMP não apenas ficar acessível a qualquer do povo como conter a foto da pessoa. Apenas após a exposição de fotografia da pessoa procurada em programa de televisão de grande audiência, duas pessoas tiveram ciência de que quem estavam hospedando em casa era um foragido da justiça¹³²⁷.

Por isso mesmo, o juiz competente, quando possível, deve incluir a fotografia no mandado de prisão, para facilitar o seu cumprimento, até porque o dispositivo contemplou apenas os elementos mínimos que devem estar contidos no documento. O juiz pode acrescentar outros que sirvam para melhor identificar a pessoa contra quem foi expedido o mandado de prisão.

Aspecto importante é que se manteve a exigência de constar do mandado de prisão a data de sua validade, o que já era regra anteriormente estabelecido, cuja razão de ser é evitar que fiquem no sistema mandados *ad eternum*. Esse requisito é muito importante para evitar que diversos mandados de prisão em aberto fiquem com as autoridades policiais, quando as penas já estão prescritas. Portanto, mesmo mandados de prisão preventiva devem ter prazo final de validade, tomando como paradigma o prazo prescricional e até a idade do investigado, acusado ou condenado.

O cumprimento do mandado deve ser informado, pela via eletrônica, ao juízo competente, sendo obrigatória a lavratura de certidão no BNMP 3.0 pela *autoridade responsável pelo cumprimento*, com a indicação da data e horário (art. 12 da Resolução do CNJ nº 417, de 2019).

¹³²⁷ Sem embargo das críticas, não se pode deixar de reconhecer que um famoso programa de televisão, exibido entre os anos de 1999 e 2007, expondo as fotografias das pessoas foragidas, auxiliou e muito no cumprimento de diversos mandados de prisão pelo País a fora. Era comum pessoas assistirem aos programas e, em razão das fotografias, saberem do paradeiro de quem estava sendo procurado, providenciando a comunicação à autoridade policial. O nome do programa era *Linha direta*, transmitido pela TV Globo.

Como se vê, pelo ato normativo em referência, a autoridade policial, que é quem cumpre os mandados de prisão, deve possuir perfil de acesso que lhe permita alimentar o banco de dados, no propósito de lavrar a certidão relativa ao cumprimento da diligência.

O BNMP 3.0 deve emitir alertas periódicos automatizados ao juízo para indicar (i) o não recolhimento de fiança arbitrada, após 5 (cinco) dias; (ii) ausência de registro de cumprimento de alvará de soltura e de mando de desinternação, após 24 (vinte e quatro) horas; (iii) a necessidade de reavaliação de prisão provisória, com antecedência de 10 (dez) dias; (iv) a necessidade de reavaliação de medidas restritivas, com antecedência de 10 (dez) dias; (v) a proximidade do vencimento de prisão temporária, com antecedência de 2 (dois) dias; (vi) a existência de mandados de prisão e de internação pendentes de cumprimento com prazo de validade expirado; (vii) a certificação do cumprimento por outro juízo de mandado de prisão e de internação; (viii) a existência de informação acerca da ocorrência de óbito de pessoa com mandado de prisão e de internação pendente de cumprimento; (ix) a inativação do cadastro e a revogação de mandado pendente de cumprimento em virtude da certificação por outro juízo da extinção da punibilidade por morte; (x) a unificação e a reversão da unificação de cadastro de pessoa; (xi) o não retorno da saída temporária, após 2 (dois) dias; (xii) a proximidade do vencimento do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), com 30 (trinta) dias de antecedência; e (xiii) o documento pendente de assinatura, após 24 (vinte e quatro) horas (art. 25 da Resolução do CNJ n° 417, de 2019).

O que chama a atenção aqui é que na Resolução em comento consta alerta eletrônico em relação à reavaliação de medida diversa da prisão imposta pelo juiz, mecanismo que não foi estabelecido pelo legislador, o qual se contentou, tão só, em ditar norma a esse respeito para a prisão preventiva, nos termos do art. 316, parágrafo único, do CPP. Note-se, todavia, que essa previsão não teve o condão de estabelecer propriamente um prazo de validade da cautelar diversa da prisão, assim como acontece com a prisão preventiva, pois, em verdade, serve apenas para alertar o juiz quanto ao tempo de duração da medida, sem que a falta de decisão a respeito da renovação a torne caduca.

Acontece que, quanto ao *Monitoramento Eletrônico*, o art. 14, parágrafo único, da Resolução do CNJ n° 417, de 2019, veda a expedição de mandado dessa espécie sem a estipulação de prazo, o que não se mostra possível diante da ausência por meio de lei.

De outra banda, além do acesso público, cabe aos tribunais fazer a gestão dos usuários e dos respectivos acessos, com a identificação do *perfil de acesso* e tarefas das instituições no sistema para que realizem as suas respectivas funções “... de modo proporcional à sua finalidade, com autorização para o tratamento apenas dos dados que lhe sejam pertinentes” (art. 29, § 1º, da Resolução do CNJ n° 417, de 2019). Há a previsão da definição de perfil específico para o Ministério Público e os órgãos de segurança pública listados no art. 144 da Constituição (art. 29, § 2º, da Resolução do CNJ n° 417, de 2019).

No escopo de estabelecer a segurança e a proteção dos dados, ademais da pronta identificação do usuário responsável pelo lançamento do registro, todos os documentos expedidos no BNMP 3.0 exigem certificação digital ou assinatura com 2 (dois) níveis de autenticação (art. 31 da Resolução do CNJ n° 417, de 2019), enquanto as peças expedidas pelo sistema devem conter a informação no pertinente à chave de segurança, de modo a permitir a verificação da autenticidade e vigência em sítio de internet público (art. 32 da Resolução do CNJ n° 417, de 2019).

Tendo em conta que, não raro, logo quando da decretação da prisão não é recomendável a sua divulgação para evitar que a pessoa, ciente da ordem judicial, procure se evadir, consta previsão de que os mandados de prisão podem ter *caráter aberto, restrito ou sigiloso*. O mandado de *caráter aberto* fica disponível em sítio público para consulta por qualquer do povo; o *restrito* é acessível apenas por usuários autorizados; enquanto o *sigiloso* somente fica acessível por quem autorizado pelo juiz (art. 34, incisos I, II e III, da Resolução do CNJ n° 417, de 2019).

A *consulta pública individual* quanto aos mandados de prisão e de internação pendentes de cumprimento, assim como das medidas cautelares, medidas protetivas e prisões domiciliares que estejam vigentes e de *caráter aberto*, pode ser feita mediante acesso à página eletrônica que hospeda o BNMP 3.0, após prévio cadastro, providenciado pelo próprio interessado, sendo exigida

a informação do número do CPF, nome completo, endereço telefônico ou telefone celular (art. 35, caput e § 1º, da Resolução do CNJ nº 417, de 2019)¹³²⁸.

Restou consignado, por fim, que o registro no BNMP 3.0 a respeito das pessoas privadas do direito de liberdade servem como Cadastro Nacional de Presos, criado por determinação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 641.320 (art. 43 da Resolução do CNJ nº 417, de 2019)¹³²⁹.

6.2.9.4. Banco nacional de dados sobre as medidas cautelares diversas da prisão

Desde o primeiro instante, neste livro fizemos crítica pelo fato de o legislador da Reforma Tópica não ter determinado o registro no BNMP das medidas cautelares alternativas, na medida em que se circunscreveu a alvitrar a criação de sistema eletrônico de dados apenas a respeito das prisões cautelares detentivas. Deveria ter previsto, igualmente, que as medidas cautelares alternativas fossem registradas em banco de dados nacional, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Essa providência facilitaria o conhecimento e conseqüente fiscalização mais eficiente quanto às medidas restritivas impostas em relação a uma determinada pessoa. Até porque o grande problema para a fiscalização e cumprimento das medidas cautelares reside exatamente na falta de ciência quanto às eventuais restrições existentes contra alguém.

Estabelecimentos como casas de espetáculo poderiam, por exemplo, mediante checagem simples no sistema por consulta pública, verificar se a pessoa que se apresenta para ingressar no recinto tem alguma medida restritiva contra si. Alvitrou-se, aqui, até mesmo, a existência de campo próprio para conter informações a respeito desse *registro de restrição*.

Essa ideia, inclusive, chegou a ser ventilada quando da edição da Resolução do CNJ nº 137, de 2011, mas não foi levada adiante, infelizmente. A defesa da necessidade do registro das medidas não detentivas se sustentava no argumento de que para o efetivo cumprimento de algumas espécies de cautelares diversas era de fundamental importância o registro em banco nacional, permitindo maior fiscalização quanto ao adimplemento das condições impostas.

É a hipótese, por exemplo, em que, havendo risco de fuga do distrito da culpa, o juiz entende ser adequada e suficiente medida restritiva no sentido de proibir o agente de ausentar-se da comarca, acompanhada da apreensão do passaporte. Não se há de negar, como salienta Pierpaolo Bottini que¹³³⁰:

Seria importante que a decisão constasse do cadastro, para que as autoridades policiais ou judiciais de outras comarcas ou de outras unidades da Federação tivessem ciência das restrições impostas, auxiliando em sua fiscalização e cumprimento. Assim, caso o acusado procure sair da comarca ou do País para se subtrair à aplicação da lei, as autoridades em todo o território nacional, em especial aquelas competentes para fiscalizar o trânsito de pessoas para o exterior, teriam a informação, mesmo que sobre o acusado não pairasse mandado de prisão, mas tão somente medida cautelar menos gravosa.

O mesmo se diga em relação à determinação para que o agente, à noite e durante os finais

¹³²⁸ Consoante o art. 41 da Resolução do CNJ nº 417, de 2019, “Para o cumprimento do disposto nesta Resolução, os tribunais e o Conselho Nacional de Justiça, em colaboração com as escolas judiciais, poderão promover cursos destinados à permanente qualificação e atualização funcional do(os) magistrados(as) e serventuários que atuam nas Centrais de Audiências de Custódia, Varas Criminais, Juizados Especiais Criminais, Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Varas de Execução Penal, assim como dos agentes de segurança pública previstos em ato da Presidência.

¹³²⁹ Foi cometida ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ a elaboração, no prazo de até 180 (cento e oitenta dias), do manual de orientação dos tribunais, magistrados e agentes de segurança pública quanto ao cumprimento das disposições da Resolução do CNJ nº 417, de 2019.

¹³³⁰ Medidas cautelares: projeto de lei 111/2008, In: **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 500.

de semana e feriados, fique recolhido em seu domicílio, não frequente determinados lugares ou não se aproxime de uma determinada pessoa. O registro dessa restrição no banco de dados permitiria que a pessoa fosse flagrada em uma blitz em horário não permitido ou mesmo fosse identificada a sua frequência a local não permitido.

Na última edição deste livro, salientamos que, nada obstante o silêncio da lei, o Conselho Nacional de Justiça poderia inovar, mediante alteração da Resolução nº 137, de 2011, a fim de determinar, igualmente, o registro das medidas cautelares diversas da prisão. Apesar disso, o CNJ frustrou essa expectativa com o lançamento da nova versão, denominada Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0, pois não cuidou, naquela oportunidade, de incluir mecanismo de informação das pessoas que se encontram em cumprimento de medidas diversas da prisão.

Alertou-se aqui que, mesmo assim, a despeito dessa omissão, os órgãos jurisdicionais poderiam, *motu proprio*, criar nas respectivas páginas eletrônicas esse tipo de banco de dados, com consulta pública franqueada a qualquer do povo.

Mas, enfim, logo após a 3ª. edição deste livro, veio a lume a Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019, que determinou ao CNJ a manutenção e regulamentação de banco de dados sobre as medidas protetivas de urgência estampadas na Lei Maria da Penha, tendo em conta a necessidade de melhor fiscalização e efetividade dessas determinações judiciais (art. 38-A, caput, e parágrafo único, da Lei nº 11.340, de 2008).

Para cumprir essa determinação legal e remediar o erro, conforme salientado no item anterior, o CNJ, mediante a Resolução nº 417, de 2021, determinou, expressamente, o registro no BNMP 3.0 igualmente das medidas cautelares diversas da prisão e protetivas de urgência.

No ponto, nos termos do ato normativo em causa, são considerados mandados de medidas alternativas penais o (a) mandado de medida cautelar diversa da prisão e (b) o mandado de medidas protetivas de urgência (art. 19, parágrafo único, inciso I, alíneas *a* e *b*, da Resolução nº 417, de 2021).

6.3. Medidas cautelares diversas da prisão

Conforme acentuado, a Lei nº 11.403, de 2011, teve a primazia de incorporar ao Código de Processo Penal as medidas diversas da prisão, como espécie de medida cautelar de ordem pessoal. Esse foi o ponto central do diploma legal em referência. Houve, ademais, a clara intenção de deixar consignada a natureza acautelatória das medidas processuais restritivas impostas contra o indiciado ou acusado, ademais do caráter de excepcionalidade.

A nova orientação legal normatizou a jurisprudência firmada tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, nos termos da Constituição de 1988, qualquer medida cautelar de ordem pessoal só pode ser decretada, independentemente da espécie, quando presentes os requisitos (*fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti* = prova da materialidade e indício suficiente de autoria) e houver um dos fundamentos (*periculum in mora* ou *periculum libertatis* = necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal ou para evitar a prática de infrações ou para manter a ordem pública ou econômica).

Essa questão foi debatida amiúde no art. 6.1.6, supra, quanto à exata compreensão do art. 282, I e II, do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 12.403, de 2011 e, de permeio, em relação ao que dispõe o art. 312 do CPP, especialmente a sua parte final. Seja como for, para a decretação de qualquer medida cautelar diversa da prisão, além de haver a prova da materialidade do crime e indício *suficiente* de autoria, faz-se necessário, como consta da parte final do art. 321 do CPP, que sejam “... observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”, o qual explicita os princípios e regras gerais que incidem sobre as medidas cautelares em geral.

Observe-se que as medidas cautelares pessoais no ambiente criminal diferentes da prisão não são propriamente nenhuma novidade. Diversas leis especiais cuidaram, paulatinamente, de

introduzir essa espécie de medida em nosso sistema processual. Algumas medidas dessa natureza, inclusive, estão presentes em nosso sistema faz bastante tempo.

O Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, que disciplina os crimes praticados pelos prefeitos, por exemplo, determina que, ao ser feita a deliberação pelo recebimento da ação penal, deverá haver, obrigatória e motivadamente, manifestação *sobre o ... afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal* (art. 2º, II). O *afastamento do exercício de função pública* como medida cautelar pessoal diversa da prisão também foi previsto no art. 29 da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (Estatuto da Magistratura) e, mais recente, no art. 56, § 1º, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas). O *afastamento do agressor da moradia comum*, quando *verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável* a criança ou adolescente, veio com o art. 130, caput, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Outra hipótese de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima foi introduzida pela Lei nº 10.455, de 13 de maio de 2002, ao conferir nova redação para o parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 1995. A suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção é admitida no art. 294 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Por fim, a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), no art. 22, trouxe um rol de várias medidas cautelares de ordem protetiva, a saber: I — suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da lei; II — afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III — proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV — restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V — prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Afora isso, o Código Penal especifica como condições para a suspensão condicional da pena, aplicáveis cumulativamente, a *proibição de frequentar determinados lugares*, de *ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz* e a obrigação de *comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades* (art. 78, § 2º, alíneas a, b e c.). A Lei de Execução Penal, por sua vez, estabelece como condição obrigatória do condenado para a obtenção do livramento condicional *comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação, não mudar do território da comarca do juízo da execução, sem prévia autorização e, facultativamente, não mudar de residência sem prévia comunicação, recolher-se à habitação em hora rixada e não frequentar determinados lugares* (art. 132, § 1º, alíneas b e c, e § 2º, alíneas a, b e c).

A iniciativa quanto à incorporação das medidas cautelares diversas ao ordenamento processual penal alinha o nosso código à política criminal quanto à adoção de mecanismos para evitar, tanto quanto possível, a prisão, que já estava implantada no Código Penal por meio das penas alternativas.

De acordo com a disciplina normativa conferida pelo legislador às medidas cautelares diversas da prisão, podemos ter duas correntes de pensamento. Uma de que ela é sempre *autônoma* e outra de que, dependendo do caso, *autônoma* ou substitutiva *da prisão*.

Conforme a primeira linha de pensamento, cabe ao juiz, de início, estando presentes os requisitos, verificar se há um dos fundamentos para a decretação de cautelar pessoal (art. 282, I, do CPP). Existindo um dos fundamentos, aí, sim, caberá verificar qual, se a prisão ou a diversa da prisão, é a medida adequada e suficiente (art. 282, II, c/c o art. 310, II, parte final, do CPP), sendo preferida a detentiva, apenas, quando não for possível a substituição desta (art. 282, § 6º, do CPP).

Dessa forma, o ato decisório, em matéria de cautelar penal, há de conter, afora a abordagem sobre os requisitos (materialidade e indício suficiente de autoria), duas fundamentações, uma quanto à necessidade da medida, outra em relação à espécie a ser imposta (art. 282, I, II, § 6º, e 310, II, parte final, do CPP).

Segundo o outro pensar, que tem como suporte a leitura do art. 282, § 6º, combinada com a do art. 310, II, parte final, do CPP, a medida cautelar diversa da prisão é substitutiva da prisão preventiva, semelhante ao que ocorre com a prisão alternativa, imposta com a sentença condenatória. Dessa maneira, em um primeiro momento, o juiz faz a avaliação se o caso é, ou não, de decretação da prisão preventiva para, depois, sendo a conclusão positiva, verificar se a substituição por medida diversa é *adequada e suficiente*. Nessa segunda linha de pensamento, a medida cautelar diversa da prisão seria de duas espécies: (a) autônoma, em se tratando de crimes para os quais não é cabível a prisão preventiva ou temporária; (b) substitutiva, quando possível a prisão preventiva, ela a substitui.

No nosso entendimento, a cautelar diversa da prisão, regra geral, trata-se de medida autônoma, como, aliás, já ficou ressaltado quando fizemos a diferença entre os *fundamentos* para a decretação e os *critérios* para a definição do tipo de medida a ser escolhida¹³³¹. A exceção diz respeito à fiança, que é tratada como medida cautelar autônoma e substitutiva da prisão. A hipótese em que a fiança pode ser utilizada como forma de substituir a prisão processual é na situação do art. 310, II, segunda parte, do CPP, como foi demonstrado no item 6.2.4.1.5.4, supra.

Quanto à duração da medida cautelar diversa da prisão, seguindo a mesma orientação em relação à prisão preventiva, o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica achou por bem não estipular o prazo máximo de validade, sendo pertinente, portanto, a crítica aqui já feita a esse respeito. Melhor seria se o legislador, tendo em conta o princípio da duração razoável do processo, estipulasse prazo máximo de validade da medida cautelar diversa da prisão, pelo menos até a sentença condenatória, em primeiro grau de jurisdição.

Não tendo assim procedido, cabe para as medidas cautelares alternativas tudo o que foi expendido em relação à prisão preventiva, no que pertine à duração razoável¹³³². Inclusive, merece atenção o parágrafo único do art. 387 do CPP, objeto da primeira etapa da Reforma Tópica implementada em 2008 (foi acrescentado pela Lei nº 11.719, de 2008), o qual determina ao juiz, na sentença condenatória, decidir, fundamentadamente, se for o caso, quanto à manutenção ou decretação da medida cautelar diversa da prisão¹³³³.

Assim, o contrário da cautelar detentiva, não foi prevista regra quanto à prorrogação ou renovação para a medida diversa da prisão, muito embora o texto do inciso VI do art. 3º-B do CPP sugira ser atribuição do juiz das garantias prorrogar igualmente essa ordem judicial, ao preceituar que a este compete “prorrogar ... outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las...” Porém, a despeito desse dispositivo, os artigos que se referem, respectivamente, à prorrogação (art. 3º-B, § 2º, do CPP) e a renovação (art. 316, parágrafo único, do CPP), dizem respeito, apenas, à prisão preventiva).

Portanto, a única obrigação quanto à renovação da medida cautelar diversa da prisão se dá no caso de prolação de sentença condenatória, quando a competência é do juiz da instrução e julgamento. Dessa forma, em rigor, não há prorrogação ou revisão da medida cautelar diversa da prisão, seja na investigação, seja durante o curso do processo, salvo no momento da sentença condenatória.

Todavia, é importante que o juiz dê a devida atenção à duração razoável da medida cautelar diversa da prisão, fazendo a avaliação quanto à necessidade de sua manutenção, na hipótese em que verifica demora em relação ao encerramento da instrução do inquérito ou do processo. Ademais, conforme visto, a Resolução do CNJ nº 147, de 2019, prevê ferramenta eletrônica automatizando a emissão de alerta no BNMP 3.0, com 10 (dez) dias de antecedência, para fins de reavaliação da medida diversa da prisão, o que indica deva esse tipo de ordem judicial, quando de seu registro no banco de dados em foco, informe o prazo para o reexame.

Repita-se aqui que essa regra criada no art. 25, IV da Resolução do CNJ nº 147, de 2019, não tem o condão de estabelecer o prazo de validade da medida diversa da prisão, pois, obviamente,

¹³³¹ Cf. itens 6.1.6.2 e 6.1.6.3, supra. Cf., ainda, item 6.3.1.9.1, que trata da fiança.

¹³³² Para não ser repetitivo, cf. o item 6.2.5.3, supra.

¹³³³ Cf. item 5.1.9.8.3.1, supra.

previsão desse jaez reclama disciplinamento em lei. Cuida-se de estratégia importante para que o juiz controle a duração razoável das medidas cautelares diversas da prisão, as quais, como visto, são medidas restritivas que restringem o direito de liberdade, em maior ou menor intensidade.

Diferente, no entanto, é o que consta art. 14, parágrafo único, da Resolução do CNJ nº 417, de 2019, pois ali é “Vedada a expedição de mandado de monitoramento eletrônico com prazo de validade indeterminado”, o que, por linhas transversas, ao fim e ao cabo, finda criando a exigência de que conste no documento o prazo de validade dessa espécie de medida cautela diversa da prisão, preceito que não contém respaldo em previsão legal.

Revogada a prisão preventiva devido ao excesso de prazo, mas subjacente, em consonância com o art. 282, I, do CPP, o fundamento para a decretação de medida cautelar pessoal, pode ser determinada a substituição por medidas diversas, dentre elas, o recolhimento domiciliar, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, de contato com certas pessoas e de ausentar-se da Comarca e, ainda, conforme seja, o comparecimento periódico em juízo e a suspensão de exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira.

Essa determinação pode, e deve, ser feita, até mesmo, de ofício, pelo tribunal, quando da concessão de habeas corpus, pois não trata de decretação de ofício, mas, apenas, de substituição de um medida mais grave por outra menos restritiva, nos termos § 5º do art. 282 do CPP (“O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”).

6.3.1. Espécies de medidas cautelares diversas no Código de Processo Penal (art. 319)

A Lei nº 12.403, de 2011, tendo em conta as experiências pontuais quanto às cautelares diversas da prisão previstas em leis específicas, ao tempo em que as incorporou para fins de aplicação, como regra, quando presentes os requisitos e fundamentos para a decretação de cautelar criminal, alargou o rol das medidas até então conhecidas em nosso sistema. Foram inseridas 9 (nove) medidas cautelares pessoais diversas da prisão, a saber:

- (1) Comparecimento periódico em juízo.
- (2) Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.
- (3) Proibição de manter contato com pessoa determinada.
- (4) Proibição de ausentar-se da Comarca.
- (5) Recolhimento domiciliar.
- (6) Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira.
- (7) Internação provisória de inimputável ou semi-imputável.
- (8) Fiança.
- (9) Monitoração eletrônica.

Dessas medidas diversas da prisão, a única que não estava prevista, em lei especial, para determinados crimes como medida alternativa, era a monitoração eletrônica, embora esse mecanismo de controle já tivesse sido introduzido pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, em relação aos beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto (arts. 122 a 125, c/c o art. 146-B, II, da Lei de Execução Penal) e aos que estivessem em prisão domiciliar (art. 117, c/c art. 146, IV, da Lei de Execução Penal).

Assim, em rigor, todas as demais 9 (nove) medidas restritivas acima especificadas já eram conhecidas e aplicadas em nosso sistema.

Inclusive, a fiança é mecanismo antigo, corretamente incluído, com a segunda etapa da Reforma Tópica, dentre as espécies de medidas cautelares diversas da prisão, com a intenção de revitalizá-la, uma vez que, como salientado linhas acima, diante das sucessivas alterações no nosso Código de Processo Penal, em uma interpretação sistêmica, ela tinha perdido a sua razão de ser.

Cada uma das espécies de medidas cautelares diversas da prisão, contempladas no art.

319 do CPP, merece exame mais detalhado, o que será feito nos itens seguintes.

6.3.1.1. Comparecimento periódico em juízo

O comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar as atividades desempenhadas, sempre constou do Código Penal como exigência para a suspensão condicional da pena (art. 78. § 2º, c)¹³³⁴. A Lei nº 9.099, de 1995, estatuiu como condição para a suspensão condicional do processo, “o comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informa e justificar suas atividades” (art. 89, § 1º, IV).

Nesse caso, o *comparecimento periódico ao juízo* foi posto no sistema como *medida restritiva*¹³³⁵ cuja finalidade é a resolução do processo sem a imposição de pena, mediante a declaração por sentença da extinção da punibilidade, depois do período de prova sem o registro de falta pelo *cumpridor*¹³³⁶.

Com a segunda etapa da Reforma Tópica, o *comparecimento periódico em juízo* foi colocado em nosso sistema como medida cautelar diversa da prisão. Em rigor, essa exigência já existia em nosso sistema como espécie de cautelar diversa da prisão, pois, no então art. 310, caput, do CPP, estava dito que, havendo elementos no sentido de que o detido/preso em flagrante cometeu a ação delituosa amparado em excludente de criminalidade, o juiz poderia conceder a liberdade provisória, “... mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação”.

A hipótese de determinação de comparecimento periódico como condição para a liberdade provisória, nessa parte, não sofreu nenhuma alteração, estando, agora, em razão da segunda etapa da Reforma Tópica, consubstanciada no parágrafo único do art. 310 do CPP. O legislador deveria, no entanto, ter feito a devida adaptação às novas regras, porquanto, sem a promoção de nenhuma alteração, faz parecer que existem duas hipóteses de medidas cautelares diversas da prisão consistentes na imposição de *comparecimento período em juízo*: (a) compulsória (art. 310, parágrafo do CPP); e (b) facultativa (art. 319, I, do CPP).

Seja como for, no nosso entendimento, a imposição de comparecimento periódico em juízo, a despeito da exigência da prova da materialidade e de indício suficiente de autoria, há de ser fundamentada no art. 282 do CPP, inciso I, tendo em conta a sua natureza acautelatória. Aqui estamos de acordo com a doutrina exposta por Renato Brasileiro¹³³⁷, apenas no ponto em que ele diz:

... enquanto o descumprimento da medida cautelar do art. 319, inc. I, do CPP, autoriza a substituição da medida, a imposição de outra em cumulação, ou, em último caso, a decretação da prisão preventiva, preenchidos os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, do não comparecimento aos atos processuais, não é possível o recolhimento do acusado à prisão, já que, por força do art. 314, a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incs. I, II e III do art. 23 do Código Penal.

¹³³⁴ Quanto ao livramento condicional, a obrigação não é propriamente de comparecimento, senão de comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação (art. 132, § 1º, b, da Lei de Execução Penal).

¹³³⁵ No sistema jurídico brasileiro, a partir da vigência da Lei nº 9.099, de 1995, passaram a existir as medidas alternativas, das quais são espécies as medidas alternativas propriamente ditas e as penas alternativas. As medidas alternativas propriamente ditas ou medidas restritivas têm natureza jurídica despenalizante, são mecanismos de solução do processo de forma consensual, sem reconhecimento da culpa do agente e, por isso mesmo, sem aplicação de pena. Ocorre com a transação ou a suspensão do processo. Já as penas alternativas substituem a pena privativa de liberdade por uma ou mais restritivas de direito, com o prévio reconhecimento da culpa do agente, consistindo, por via de consequência, em aplicação de pena. É imposta com a sentença condenatória. Cf. item 5.1.1.4, supra.

¹³³⁶ A expressão *cumpridor* é a utilizada para se referir ao agente submetido a medida alternativa propriamente dita, nos casos de transação ou suspensão condicional da pena, pois, na hipótese, como ressaltado na nota de rodapé acima, não se trata de condenado.

¹³³⁷ **Nova prisão cautelar:** doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2011, p. 358.

Por outro lado, note-se que o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica não especificou, ao contrário do que consta no art. 89, § 1º, IV, da Lei nº 9.099, de 1995, que o comparecimento em juízo deve ser mensal. Com efeito, no art. 319, I, consta, como modalidade de medida cautelar diversa da prisão, o “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar as atividades.”

Fez bem. Muitos juízes, em razão das singularidades do caso concreto, ao decretar medida alternativa com suporte no art. 89, § 1º, IV, da Lei nº 9.099, de 1995, ao arrepio da lei, findam estabelecendo prazo superior a um mês para o comparecimento em juízo¹³³⁸. Mais do que o intervalo de tempo assinalado para o comparecimento em juízo, o importante é que haja a efetiva fiscalização quanto ao cumprimento da cautelar, sendo recomendável o desenvolvimento de sistema informatizado para esse fim¹³³⁹, de modo que, constatada a falta praticada pelo agente, incontinenti, seja providenciada a sua intimação para os devidos esclarecimentos e, sendo o caso, a imposição, em substituição ou reforço, de outra medida ou, até mesmo, dependendo das circunstâncias, da prisão processual.

A criação de sistema eletrônico para auxiliar na fiscalização quanto ao comparecimento periódico em juízo deve ser sem prejuízo da exigência de o agente informar e justificar as suas atividades. É importante saber se o agente está ou continua exercendo atividade laborativa ou estudando e mesmo o que ele tem feito em liberdade. A informação com esse conteúdo pode ser encaminhada pelo sistema eletrônico criado, o que complementa o comparecimento em juízo que pode consistir apenas, por exemplo, colocar a impressão digital em uma espécie de livro de ponto informatizado.

Certamente essa é a medida cautelar diversa da prisão mais fácil de realizar a fiscalização eficiente. Se nem a fiscalização quanto ao comparecimento periódico em juízo for possível, nenhuma outra o será.

Durante o período da pandemia ocasionada pela Covid-19, em razão do fechamento dos fóruns, vários juízes implementaram o que se convencionou chamar *comparecimento virtual*, sob as mais diversas formas. Alguns exigiam videoconferência ou videochamada, outros mensagens por whatsapp etc. Essas soluções alternativas se mostram, pelos mais diversos aspectos, mais adequadas do que a drástica e indevida suspensão das medidas restritivas para a continuidade posteriormente.

É discutível, até mesmo, se nesse caso não seria o caso de entender quanto à computação do período como cumprimento a medida, até porque, no caso, o adimplemento quanto ao comparecimento ao juiz não se pelo fato de o órgão judicial não estar prestando o serviço jurisdicional presencial.

Por fim, qual deve ser o fundamento para decretar a medida cautelar diversa da prisão consistente no comparecimento periódico em juízo? Como a finalidade da imposição do comparecimento em juízo é para que o agente, periodicamente, *informe e justifique as suas atividades*, o fundamento é a necessidade de estabelecer medida adequada para evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, última parte, do CPP) e, em menor sentido, para a aplicação da lei penal (art. 282, I, primeira parte, do CPP).

6.3.1.2. Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

A proibição de frequência a determinados lugares já constava em nosso sistema como condição para a concessão do sursis (art. 78, § 2º, *a*, do Código Penal) e para fins do livramento

¹³³⁸ Na Segunda Vara da Justiça Federal na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte foi criado um sistema informatizado para o efetivo acompanhamento e fiscalização das medidas e penas alternativas, que inclui uma espécie de relógio de ponto para registro dos comparecimentos periódicos em juízo. O sistema também serve para acompanhar o comparecimento estabelecido como medida cautelar.

¹³³⁹ No sistema informatizado desenvolvido na Segunda Vara Federal em Natal, relatórios mensais são emitidos, com registro das pessoas que compareceram, ou não, em juízo.

condicional (art. 132, § 2º, *c*, da Lei de Execução Penal).

Também foi incluída como espécie de pena restritiva de direitos, denominada *interdição temporária de direitos*, a “proibição de frequentar determinados lugares” (art. 47, IV, do Código Penal). O art. 89, § 1º, II, da Lei nº 9.099, de 1995, colocou a “proibição de frequentar determinados lugares” como medida alternativa para finalizar o processo sem a imposição de pena. A Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010, alterou a Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003 (Estatuto do Torcedor), a fim de incluir, com o art. 41-B, a pena alternativa de proibição de *comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de 3 (três) meses a 3 (três) anos* (art. 41-B, § 2º,) e, ainda, *a obrigatoriedade suplementar de o agente permanecer em estabelecimento indicado pelo juiz no período compreendido entre as 2 (duas) horas antecedentes e as 2 (duas) horas posteriores à realização de partidas de entidade de prática desportiva ou de competição*.

De outra banda, leis esparsas cuidaram de prever como medidas cautelares diversas da prisão, a proibição de frequência a determinados lugares nos crimes nelas especificados. O afastamento e consequente proibição de acesso ou frequência ao lar, domicílio ou local de convivência ou de moradia com a pessoa ofendida foi disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 130, caput), na Lei do Juizado Especial (parágrafo único do art. 69, com a redação determinada pela Lei nº 10.455, de 13 de maio de 2002), e pela Lei Maria da Penha (art. 22, inciso II).

O legislador da segunda etapa da Reforma Tópica, ciente do que já existia a respeito em nosso sistema, contentou-se em inserir dentre as medidas cautelares diversas da prisão a “proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações”. Essa medida cautelar, portanto, que era específica apenas para determinados crimes, notadamente para os casos de violência doméstica, agora está ditada para todo e qualquer ilícito. Como se percebe, o legislador não foi muito detalhista e, da forma como redigida a norma, abrange o que dispunham o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei do Juizado Especial e a Lei Maria da Penha.

A proibição de acesso ou frequência, prevista no art. 319, II, do CPP, pode ser em relação a qualquer tipo de estabelecimento. Portanto, ao próprio lar, domicílio ou lugar de convivência comum. Aliás, a medida cautelar do art. 319, II, vai além de mera *medida protetiva* em relação à pessoa ofendida, pois, além de poder ser imposta com essa finalidade específica, como é a regra nos casos de agressão que se processa no meio familiar, presta-se igualmente para evitar que outros crimes sejam praticados, na medida em que determinados lugares podem incentivar o comportamento criminoso contra vítimas indistintas, como são os casos de estádios de futebol, bares, boates, áreas de prostituição *ou* de consumo de substância entorpecente etc.

Trata-se de medida diversa da prisão específica sob o fundamento de que necessária para *evitar a prática de infrações penais* ou para a *manutenção da ordem pública ou econômica* (art. 282, I, última parte, e 312, caput, primeira parte, ambos do CPP). Sobre a pertinência de medida cautelar no escopo de evitar a prática de novas infrações, cabe conferir o que foi dito no item 6.1.6.2.3, *supra*, não sendo o caso aqui de repetição.

Cabe porém lembrar o que se disse sobre o disposto no art. 313, III, do CPP, quanto a não ser necessário, primeiro, aplicar a medida cautelar diversa para, então, constatada a sua ineficácia, poder aplicar a prisão¹³⁴⁰. Mais do que nunca, tendo em consideração a *gravidade do crime*, as *circunstâncias do fato* e as *condições pessoais* do agente (art. 282, II, do CPP), deve-se fazer a avaliação se, para evitar que o agente volte a agredir o ofendido ou a praticar crimes, é adequado e suficiente apenas estabelecer a *proibição de acesso ou frequência a determinados lugares*.

Dependendo das circunstâncias, retirar um dos cônjuges do lugar onde se dá a convivência em comum pode ser o bastante para evitar novas agressões, enquanto, em outras, pode potencializar

¹³⁴⁰ Cf. item 6.2.5.1.3, *supra*.

o desejo de novas ofensas físicas¹³⁴¹. Não é situação de fácil avaliação. Sempre haverá área de risco.

Não se tratando de violência doméstica a situação é menos complicada, a exemplo de pessoa que tenha praticado lesão corporal em briga envolvendo torcedores. Impedi-la de comparecer às partidas de futebol, na maioria dos casos, será o suficiente. Do mesmo modo, para pessoas que, sob influência de bebidas alcoólicas, quando em lugares como bares e boates, com frequência, tornam-se violentas e provocam brigas, a proibição de acesso a esses lugares evitará, na maioria dos casos, a prática de novas infrações.

Importa ver que a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, na qualidade de medida cautelar, há de ser fundamentada tendo em consideração as circunstâncias relacionadas ao fato criminoso revelarem que é prudente manter o agente longe desses locais, evitando-se, assim, o risco concreto de que novas infrações sejam praticadas. Portanto, não se pode, sem a devida razão de ser, com base no art. 319, II, do CPP, proibir o indiciado ou acusado de participar de festas ou comemorações ou de frequentar lugares de uso comum como praias, caso não se tenha em mira, com a medida, evitar o risco de novas infrações. Se assim não for, a medida será imposta mais em sentido *punitivo* do que *acautelatório*.

Em relação aos crimes previstos na Lei Maria da Penha, está contemplada, dentre as medidas protetivas, a proibição de o agente frequentar "... determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida" (art. 22, III, *c*). Essa norma, como se vê, é mais abrangente, pois a finalidade não precisa ser, necessariamente, para evitar a prática de novas infrações, mediante a preservação da integridade física, mas, igualmente, para proteger a *integridade psicológica* da ofendida, que pode ser comprometida com a mera presença ou possibilidade de presença do agressor.

Por conseguinte, em se tratando de crime previsto na Lei Maria da Penha, a proibição de acesso ou frequência pode ser do lar, domicílio conjugal ou lugar de convivência e, ainda, de outros lugares mais nos quais a presença do infrator pode gerar ofensa à integridade psicológica da pessoa ofendida, diante dos traumas hauridos da agressão. Por lugar de convivência pode ser um clube, academia e, até mesmo, o local de trabalho. Nesse último caso, a situação fica mais delicada, mas isso pode ocorrer, pois pode ocasionar no impedimento do agente de exercer a sua atividade laborativa. Caberá ao juiz ponderar esse aspecto. Seja como for, a medida diversa proibitiva é melhor do que a decretação da prisão.

Agregue-se que, a despeito da dicção normativa da redação empregada no CPP quanto a essa espécie de medida cautelar diversa da prisão, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares prevista no art. 319, II, do CPP, cuida-se de medida que tem mira proteger não apenas a integridade física como, ainda, a psicológica, assim como expresso na Lei Maria da Penha.

Aparentemente, o legislador cuidou apenas de estabelecer a proibição de acesso ou frequência, sem dizer nada quanto à aproximação ao lugar ou lugares especificados. Para além da proibição de o indiciado ou acusado se aproximar da casa da pessoa ofendida, imagine-se o caso do torcedor. A proibição de acesso ou de frequentar o estádio de futebol se circunscreve ao impedimento quanto ao ingresso ou compreende, igualmente, a vedação de o agente ficar nas proximidades do local do espetáculo? Não restam dúvidas de que a proibição, a fim de ter eficácia, compreende também a vedação de o agente ficar nas redondezas do local. A esse respeito, o Estatuto do Torcedor, acertadamente, colocou como pena alternativa a proibição de *comparecimento às proximidades do estádio* (art. 41-B, § 2º).

O mesmo se diga quanto à proibição de uma pessoa frequentar bares, restaurantes ou boates, ou no caso de alguém acusado da prática do crime de pedofilia, em que o juiz o proíbe de se aproximar de escolas nas quais estudam crianças e adolescentes. Isso pode ocorrer, igualmente,

¹³⁴¹ O episódio do assassinato de uma procuradora federal, amplamente divulgado na imprensa nacional, mostra como essa questão é delicada. No dia em que recebeu a comunicação de que, por decisão judicial, deveria ficar afastado do lar conjugal, o então marido matou a procuradora federal.

quanto a quem é acusado do crime de tráfico, em que a proibição não é propriamente à frequência a bares, boates ou colégios, mas de se aproximar desses locais.

De qualquer sorte, deve-se ter em conta que, conforme o dicionário Aurélio, a palavra *acesso*, além de significar *ingresso*, *entrada*, quer dizer, também, o *trânsito*, *passagem* e mesmo simples *avizinhação* ou *aproximação*. É com essa abrangência que deve ser entendida, na qualidade de medida cautelar, a proibição de *acesso*.

Assim, cabe ao juiz, tendo em consideração as peculiaridades do caso e da localidade, ao estabelecer a proibição de acesso e frequência, definir uma distância que o agente deverá manter do local.

É verdade que isso poderá, em alguns casos, trazer alguns questionamentos, pois pode ter como consequência, até mesmo, impedir que a pessoa continue residindo com a sua família em determinada casa ou desempenhando a sua atividade pública ou privada. O assunto deve ser analisado com a devida ponderação. Imagine-se a situação da agressão ou tentativa de morte a um vizinho ou a um colega de trabalho. A determinação para que a pessoa mantenha distanciamento da pessoa agredida pode importar na proibição de o agressor permanecer, enquanto durar a medida, residindo com a sua família ou a frequentar o seu local de trabalho.

Lembre-se que o afastamento do lar em si, que é mais drástica, pois impede que o agente tenha o direito de conviver com a sua família, pode ser determinada como medida cautelar, com suporte no inciso II do art. 319 do CPP, como nos casos de agressão ou abuso sexual a pessoas das relações domésticas. Ademais, a suspensão do exercício de função pública ou privada pode ocorrer como medida específica (art. 319, VI, do CPP).

Creemos que nada impede o juiz, na qualidade de medida cautelar, em se tratando de proibição a acesso e frequência a estádio de futebol, especificar na decisão, a fim de que ocorra o efetivo cumprimento da medida e seja possível melhor fiscalização, que o agente, em intervalo de tempo anterior e posterior à realização de partidas, permaneça em determinado estabelecimento.

Até porque o problema crucial dessa espécie de medida é a fiscalização, que não é nada fácil, especialmente porque, não havia banco de dados nacional a fim de que ficasse registrada a medida e, assim, possibilitasse um melhor acompanhamento por parte da sociedade em si. Espera-se que, agora, com o BNMP 3.0, os responsáveis pela entrada em estádios de futebol e outros estabelecimentos façam a consulta pública no sistema eletrônico, antes de autorizar a entrada de alguém¹³⁴².

Em casos de proibição específica, essa comunicação pode ser enviada, conforme o caso, para as secretarias de educação municipal e estadual, associação dos pais de alunos de colégios privados do Estado, associação de bares e restaurantes, federação de futebol etc., solicitando para que seja dada a mais ampla divulgação. Se a proibição de frequência for a um local específico, a exemplo da sede do trabalho do ofendido, deve a comunicação ser endereçada ao responsável pela direção do estabelecimento, a fim de que seja expedida ordem proibindo a entrada do agente, sem prejuízo da devida comunicação à vítima. Essa comunicação à vítima há de ser feita, pois, do mesmo modo como, em nome do princípio da justiça restaurativa, o ofendido tem de ser informado dos atos mais relevantes do processo, aí incluída a decretação ou revogação da prisão, também deve ser comunicado, a despeito do silêncio da lei, das medidas cautelares diversas da prisão tomadas a seu favor.

Em muitos casos, notadamente quando se trata de crime envolvendo relações domésticas ou de abuso de criança ou adolescente, essa medida cautelar haverá de ser cumulada com a de proibição de manter contato com pessoa determinada.

Essa é uma típica medida cautelar que há de ser, quando possível, cumulada, ainda, com a monitoração eletrônica. Na Espanha, por exemplo, o monitoramento eletrônico foi estabelecido para os casos de violência doméstica, exatamente para controlar o agressor e alertar sobre a sua

¹³⁴² Cf. itens 6.2.9.3 e 6.2.9.4, supra.

presença em locais nos quais ele ficou proibido de frequentar pelo juiz¹³⁴³. No caso de torcedor proibido de ir a estádios de futebol ou de ficar em suas imediações em dias de jogos, a monitoração eletrônica se mostra imprescindível para o efetivo controle do cumprimento da medida consistente na proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.

Ademais, essa proibição de acesso compreende, igualmente, o *acesso virtual*. Tenha-se em mente o caso de crime de pornografia infantil com exposição de fotos e vídeos de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes. O juiz pode colocar, dentre as medidas diversas da prisão, a proibição de acesso a páginas eletrônicas com pornografia infantil ou, até mesmo, às redes sociais em geral. A dificuldade, nesse caso, naturalmente, é quanto à fiscalização do cumprimento da medida.

A parte final do inciso II do art. 319 do CPP deixa claro que esse tipo de medida cautelar diversa da prisão tem como escopo *evitar o risco de novas infrações*. No entanto, qual o alcance que se deve dar a essa afirmação normativa?

A exame perfunctório, a expressão em destaque informa que a medida só pode ser decretada sob o fundamento de sua necessidade *para evitar a prática de infrações penais* (parte final do inciso I do art. 282 do CPP). Não poderia ser determinada, por exemplo, sob o fundamento da sua necessidade *para a investigação ou a instrução criminal* (segunda parte do inciso I do art. 282 do CPP). Todavia, essa não é a compreensão que exala do dispositivo a um exame mais denso da dicção normativa em foco.

A proibição da frequência a determinado local pode ser determinada para evitar que a pessoa possa prejudicar a apuração dos fatos. Aqui não se pense apenas na hipótese de que essa medida seja necessária para evitar que a pessoa possa modificar a cena do crime em si. Pense-se na possibilidade de o agente poder suprimir papeis, dispositivos ou documentos eletrônicos do seu ambiente de trabalho ou mesmo intimidar, com a sua presença, testemunhas que são colegas de trabalho.

Por tudo o que foi exposto, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, deve ser fundamentada tendo como suporte normativo o art. 282, I, última parte, do CPP, uma vez que a sua finalidade é evitar o risco de novas infrações. Mas, em determinados casos, pode ser aplicada também como medida necessária para a investigação ou a instrução criminal, nos termos do art. 282, I, segunda parte, do CPP.

6.3.1.3. Proibição de manter contato com pessoa determinada

A proibição de manter contato com pessoa determinada se trata de medida cautelar diversa da prisão típica dos crimes envolvendo violência doméstica. Mais ela é própria igualmente para casos de agressão física, assédio sexual ou moral. Nessa dimensão, é uma espécie de *medida protetiva* no afã de evitar a reiteração da prática de crime. Mas pode ser determinada para impedir que o indiciado ou acusado se aproxime da testemunha ou testemunhas, hipótese em que ela se apresenta como medida pode ser imposta em razão da conveniência da investigação ou instrução criminal.

Seguindo as diretrizes traçadas pelo Direito Comparado no trato dos crimes de gênero, a Lei Maria da Penha preceituou como medida cautelar protetiva a proibição de determinadas condutas pelo agente, dentre as quais a de “aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor” e de “contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação” (art. 22, II, alíneas *a* e *b*, da Lei nº 11.340, de 2006).

Nessa toada, a Lei nº 12.403, de 2011, elencou como medida cautelar diversa da prisão a “proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao

¹³⁴³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: **Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão?** Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p. 18.

fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante” (art. 319, III, do CPP). Com um enunciado simples e direto a norma em destaque contemplou em uma mesma espécie de medida cautelar não apenas a proibição de *contato* como a mera *aproximação*.

Ora, se não é aconselhável o contato, que poderia ser, inclusive, à distância, por meio telefônico ou dispositivo eletrônico –hipótese em que não há maior risco quanto à agressão física –, o que não dizer da aproximação para contato pessoal. Se o agente é proibido de manter contato, por imposição de ordem lógica, está proibido de se aproximar.

Mas deixou de explicitar que a vedação quanto ao contato é em relação a qualquer que seja a forma. Ou seja, não se trata apenas do contato físico, mas igualmente o eletrônico, por meio da utilização das redes sociais ou correio eletrônico ou via telefônica. O melhor, naturalmente, seria se o legislador, assim como fez na Lei Maria da Penha, tivesse deixado claro que a proibição de contato abrange *qualquer meio de comunicação* (art. 22, II, b, da Lei nº 11.340, de 2006).

Note-se ainda que na Lei Maria da Penha restou explicitado que juiz deve, quando imposta medida protetiva que impede a aproximação, fixar na decisão o *limite mínimo de distância* que o agressor terá de manter em relação à pessoa ofendida. Assim, embora no art. 319, III, do CPP, não tenha ficado expresso que o juiz deve fixar a distância que o agressor deverá ficar afastado de uma determinada pessoa, não há a menor dúvida de que, na decisão, devem ser extremados os limites da proibição. Se assim não for, a medida fica um tanto quanto sem sentido. Em rigor, essa é a conclusão que se obtém da leitura da parte final do inciso III do art. 319 do CPP, quando lá está dito que essa é medida a ser imposta quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, *deva o indiciado ou acusado permanecer distante* de determinada pessoa.

E mais, embora tenha ficado expresso que essa medida contemplada no Código de Processo Penal consiste na *proibição de manter contato com pessoa determinada*, também em relação a esse aspecto cabe interpretação mais elástica, no sentido de que a vedação, assim como ocorre previsto na Lei Maria da Penha, pode, e deve, ir além da comunicação com a ofendida, a fim de alcançar também os familiares.

Cuida-se, portanto, de medida cautelar cuja finalidade é manter o indiciado ou acusado a certa distância da pessoa ofendida, a fim de evitar que sofra novas agressões. É evidente que deve ser estabelecida qual é a distância. O legislador não se ocupou, assim como não o fez o da Lei Maria da Penha, em estabelecer parâmetros mínimos e máximos a guiar o magistrado quando da determinação da medida. Deixou ao prudente arbítrio do juiz, tendo em consideração às peculiaridades dos fatos e do local, estimar qual a distância que o agente deve manter da pessoa ofendida.

Tem-se notícia de caso em que, diante da distância determinada pelo juiz, para o devido cumprimento, o agressor teve de sair da cidade, indo morar em outra. Não vai ser raro caso em que o agente terá, devido à distância determinada pelo juiz, de deixar de morar em sua residência. Repita-se aqui a hipótese envolvendo dois vizinhos, morando em casa ou em apartamento. Ainda há o problema dos condomínios, especificamente quanto às áreas comuns.

Mesmo que em razão da distância fixada com a medida cautelar o agressor tenha de sair de seu domicílio ou residência, essa circunstância, por si só, não representa excesso. Como já foi ressaltado, há medidas cautelares específicas que consistem no afastamento do lar, domicílio ou lugar de convivência comum. Também não se apresenta desarrazoado que, tendo em conta a distância estabelecida na medida cautelar protetiva, o agressor fique impossibilitado de exercer função pública ou privada. Uma vez mais, considere-se hipótese na qual agressor e agredido desempenham as suas atividades laborativas na mesma empresa e no mesmo ambiente de trabalho. Pode ser, inclusive, situação envolvendo servidor público. Não se pode olvidar que permitir essa convivência próxima pode ser decisivo para que nova ofensa seja praticada.

O que se quer dizer é que a proibição de manter contato pode acarretar, como consequência inexorável, o impedimento para que o agente continue morando em domicílio ou residência ou, ainda, mantenha o exercício de função pública ou privada. Não se vê a necessidade, sequer, de ser aplicada, cumulativamente, a medida cautelar do art. 319, IV, do CPP, malgrado não

se apresente, a nosso sentir, inadmissível que assim seja¹³⁴⁴.

A medida cautelar em exame, em primeira nota, é prevista, do mesmo modo como a do inciso II do art. 319 do CPP, para ser aplicada sob o fundamento de que necessária para evitar a prática de novas infrações ou para a manutenção da ordem pública ou econômica. Porém, pode ser determinada, igualmente, para satisfazer a conveniência da instrução criminal, quando imposta para proibir que o agente se aproxime de testemunha ou da vítima, no afã de evitar que seja exercida pressão que possa comprometer os depoimentos a serem prestados.

Por outro lado, insta considerar que, nos termos do art. 319, III, do Código de Processo Penal, a medida cautelar consistente na proibição de manter contato com pessoa determinada só é pertinente quando demonstrado que as circunstâncias específicas relacionadas ao fato indicam que o indiciado ou acusado deve ficar distante da pessoa ofendida.

Ademais, conforme já exposto no item anterior, invariavelmente, quando for o caso de ser imposta medida cautelar de proibição de manter contato com determinada pessoa, será necessária, ainda, a determinação da proibição de acesso ou frequência a certos lugares.

A medida de proibição de manter contato, assim como a de vedação de acesso ou frequência a determinados lugares, é de difícil fiscalização e controle. Exatamente por isso, apresenta-se de todo pertinente que, sendo possível, cumulativamente, seja aplicada, ainda, a monitoração eletrônica. No Direito estrangeiro, há registro do uso de equipamentos utilizados para a monitoração eletrônica para saber se o agente está cumprindo a proibição judicial de se aproximar ou entrar em contato com determinada pessoa¹³⁴⁵.

Da leitura do que foi exposto acima, tem-se que a proibição de manter contato com pessoa determinada pode ter como fundamento tanto a sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal como para evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, segunda e terceira partes, do CPP).

6.3.1.4. Proibição de ausentar-se da comarca

A proibição de ausentar-se da comarca sem a prévia autorização do juiz é prevista como condição para a suspensão condicional da pena, o livramento condicional e a suspensão do processo. O legislador da segunda etapa da Reforma Tópica introduziu essa proibição como medida cautelar diversa da prisão, quando a permanência na Comarca for *conveniente ou necessária para a investigação ou instrução* (art. 319, IV, do CPP). A iniciativa não se houve com o devido acerto. Deveria ter ido além da conveniência ou necessidade para a investigação ou a instrução criminal, a fim de abranger, ainda, *a necessidade para a aplicação da lei penal*.

Isso porque o desaparecimento do agente do distrito da culpa tanto põe em risco a investigação ou a instrução como, igualmente, a aplicação da lei penal. Aliás, não se há de negar, a fuga do agente é mais preocupante em relação à aplicação da lei penal do que quanto à investigação ou instrução, uma vez que, em obséquio à cláusula do direito ao silêncio, o acusado tem pouco a colaborar na produção de provas. Cabe lembrar que, no processo moderno e democrático, o agente não é chamado para a investigação ou o processo a fim de servir de elemento de prova, senão para exercer o seu amplo direito de defesa, conforme explicitado nos itens 5.1.5.7 e 5.1.5.9, supra.

Nos casos envolvendo estrangeiros, de regra, o juiz se via impelido a decretar a prisão preventiva, sob o fundamento de que, solto, o agente poderia ir para o seu País de origem, o que frustraria eventual aplicação da lei penal, se viesse a ser condenado. Isso porque, como em nosso sistema há, na categoria de direito fundamental, a proibição da extradição de brasileiros natos, em razão do *princípio da reciprocidade*, que norteia as relações internacionais, há probabilidade mais do que concreta de não ser atendida eventual solicitação de cooperação internacional da justiça

¹³⁴⁴ Cf. item 6.3.6, infra.

¹³⁴⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: **Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão?** Experiências internacionais e perspectivas no Brasil, p. 24.

brasileira para que ocorra a extradição de estrangeiro para o cumprimento da pena, caso ele esteja no território de seu País de origem.

Diante disso, para obviar a medida drástica de decretar a prisão preventiva do estrangeiro investigado e que se encontrava em território nacional, em muitos casos, mesmo sem previsão legal, o juiz permitia que o agente permanecesse solto ou, no caso de flagrante, que fosse colocado em liberdade, mediante a apreensão do passaporte.

A esse respeito, note-se que ao se referir à proibição de ausentar-se da comarca como medida cautelar, o legislador incluiu, obviamente, a restrição de o agente sair do País. Para dissipar qualquer dúvida quanto ao alcance do art. 319, IV, do CPP, o legislador esclareceu mais adiante, no art. 320, que “A proibição de se ausentar do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.”

De qualquer modo, o legislador, no ponto, merece crítica. É que essa medida cautelar, em razão da forma como foi redigido o art. 319, IV, do CPP, só há de ser imposta quando a permanência na Comarca for *conveniente ou necessária para a investigação ou instrução*. O mais adequado, porém, assim como assinalado acima, seria o legislador ter explicitado que a proibição de se ausentar da comarca é tanto para os casos em que a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução quanto para assegurar a aplicação da lei penal. É verdade que, até certo ponto, as mesmas circunstâncias que conferem amparo ao fundamento de que a medida é conveniente ou necessária para a investigação ou a instrução criminal servem, igualmente, para conferir azo à restrição tendo como base a sua necessidade para assegurar a aplicação da lei penal. Mas o que fazer se a instrução já está encerrada? Nesse caso, se o juiz tiver imposto a cautelar de proibição de ausentar-se da comarca, a medida terá, inevitavelmente, caducado, porquanto atingida a sua finalidade, qual seja, tutelar a instrução.

Um exemplo serve para melhor ilustrar a questão. Digamos que o agente é um estrangeiro e o juiz, com receio de que ele viaje para o seu País de origem e não retorne mais ao Brasil, com isso prejudicando a instrução e, essencialmente, comprometendo, no caso de eventual condenação, a aplicação da lei penal, ao invés de decretar a prisão preventiva, impõe a cautelar que proíbe o agente de ausentar-se da comarca, com o devido recolhimento do passaporte. Pois bem, terminada a instrução do processo, com a condenação em sentença recorrível, o passaporte terá de ser devolvido ao agente, pois não subsiste mais o fundamento então utilizado para a concessão da medida. A partir daí, como não há nenhuma restrição no sentido de proibi-lo de ausentar-se da comarca, o agente poderá, livremente, ir para o seu País de origem.

Não parece nada razoável que assim seja. Esse paradoxo, certamente, vai findar fazendo com que o juiz, na sentença, justifique a decretação da prisão preventiva com a sentença condenatória, ante a inexistência de medida cautelar diversa da prisão adequada e suficiente para satisfazer a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

Diante disso, é recomendável que seja decretada, cumulativamente, a monitoração eletrônica. Pelo menos, quando as duas forem aplicadas cumulativamente, a perda de objeto da proibição de se ausentar da comarca não implicará na da outra. A monitoração eletrônica pode ser imposta, nesses casos, como medida para assegurar a aplicação da lei penal, pelo que poderia subsistir quando, encerrada a instrução, fosse prolatada a sentença condenatória.

Finalizando, resta claro que o único fundamento para a medida cautelar diversa da prisão sob a modalidade de proibição de ausentar-se da comarca é a necessidade da investigação ou da instrução criminal (art. 282, I, segunda parte, do CPP). Portanto, quando o legislador fala que a cautelar diversa da prisão pode ser decretada nas situações em que a proibição de ausentar-se da comarca é *conveniente ou necessária*, a interpretação escoreita é de que, de qualquer maneira, a medida só pode ser imposta se *necessária*, não apenas *conveniente*.

6.3.1.5. Recolhimento domiciliar

De todas as medidas cautelares diversas da prisão, a que é mais contundente em impor restrições é a prevista no art. 319, V, do CPP, que consiste no “recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado¹³⁴⁶ ou acusado tenha residência e trabalhos fixos”. É bastante similar à prisão domiciliar do art. 317 do CPP, que veio a lume também com a segunda etapa da Reforma Tópica, porém com aquela não se confunde.

Primeiro, resta lembrar que a *prisão domiciliar*, em verdade, é a preventiva ou temporária em que o recolhimento ao estabelecimento prisional, por questão de ordem humanitária, se faz no próprio domicílio do agente. Em sentido contrário, o *recolhimento domiciliar* é medida cautelar diversa da prisão. Portanto, não é espécie de prisão. Note-se que os requisitos para a *prisão domiciliar* são bastante estreitos, apenas aqueles relacionados no art. 318, incisos I, II, III e IV, do CPP¹³⁴⁷. O recolhimento domiciliar, diversamente, de regra, é cabível em todo e qualquer crime punido com pena privativa de liberdade. A prisão domiciliar tem como pressuposto a decretação da prisão preventiva. O recolhimento domiciliar, longe disso, pressupõe a conclusão pelo juiz de que não há necessidade da decretação da prisão, sendo suficiente, no caso, a aplicação de medida cautelar diversa do encarceramento.

Quanto à forma de cumprimento de uma e outra medida, a diferença é que, no *recolhimento domiciliar*, o agente está autorizado a sair, durante o dia, para exercer a sua atividade funcional pública ou privada, enquanto na *prisão domiciliar* deve permanecer, durante os períodos diurno e noturno, recolhido em casa. Note-se que, quanto ao recolhimento domiciliar, o agente deve ficar recolhido durante todo o dia no domicílio em dias feriados, quais sejam, aqueles nos quais o agente não desempenha atividade laborativa.

Ademais, ao agente é defeso se ausentar do domicílio para ir a qualquer lugar que não seja para o trabalho. A única saída do domicílio justificável, em rigor, é apenas do deslocamento para o trabalho, de ida e volta.

Como se vê, apesar dessas diferenças, o recolhimento domiciliar se assemelha, e muito, à prisão domiciliar. A distinção para o juiz se decidir quanto a impor uma ou outra medida é tênue. Parece ser hipótese na qual, em princípio, diante da gravidade do crime e das circunstâncias fáticas, seria pertinente decretar a prisão temporária ou preventiva, porém, diante das condições pessoais do agente, com especial destaque para o fato de possuir residência e trabalho fixos — que também são requisitos para a medida —, mostra-se mais adequado e suficiente, apenas, o recolhimento domiciliar.

A exigência da residência e de trabalho fixos, como requisito para o recolhimento domiciliar, parece ser óbvia. Se o agente não possui residência fixa, como poderia ser imposta a medida alternativa de recolhimento domiciliar? Possuir residência fixa, porém, é requisito contemporâneo ao cumprimento da medida cautelar. A casa não precisa, sequer, ser do agente, bastando que seja de alguém que se comprometa em destiná-la a servir de domicílio para o agente, especialmente para o cumprimento da medida cautelar. E se o agente for um *sem-teto*? Creio que é possível decretar a medida, mediante o envio do agente para uma casa de apoio, por exemplo¹³⁴⁸.

O requisito do trabalho fixo está a evidenciar, ainda mais, que as condições pessoais do agente específicas são preponderantes para a escolha da medida cautelar ao invés da prisão. Tendo a agente ocupação lícita, por meio dessa medida alternativa adota-se a política criminal de

¹³⁴⁶ Aqui o legislador fala em investigado. Porém, nos incisos II e III do mesmo art. 319 do CPP utiliza a palavra indiciado. Trata-se apenas da falta de uniformização das expressões, a revelar mais atecnia do que a intenção de pontuar alguma diferença entre uma e outra previsão normativa.

¹³⁴⁷ Cf. item 6.2.5.2, supra.

¹³⁴⁸ O Conselho Nacional de Justiça, mediante a Resolução nº 214, de 15 de dezembro de 2015, determinou a instalação nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça de estrutura administrativa para o funcionamento do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – GMF, que tem dentre as suas atribuições promover iniciativas voltadas à redução das taxas de encarceramento, auxiliando os juízes na atividade jurisdicional para encontrar as soluções necessárias para o cumprimento dessa finalidade.

incentivo à manutenção da atividade funcional, em detrimento do recolhimento à prisão. A exigência da ocupação lícita deve ser compreendida em consonância com o contexto social de elevada taxa de desemprego, especialmente em relação às pessoas de menor grau de instrução.

E mais. Aqui o legislador merece crítica, pois deveria, igualmente, além do trabalho, ter feito referência a quem está matriculado regularmente em entidade de ensino. Sem embargo dessa omissão, há de se considerar também a possibilidade de se impor o recolhimento domiciliar a fim de não prejudicar os estudos do investigado ou acusado. Ou seja, mesmo que ele esteja desempregado. Isso sem falar que o acusado pode trabalhar e estudar. Nesse caso, o recolhimento domiciliar, como medida restritiva, em princípio, não deve prejudicar nenhuma das duas ocupações, as quais são de vital importância para a ressocialização ou restauração da pessoa, em consonância com os influxos das ideias da justiça restaurativa.

E se o estudo ou trabalho do investigado ou acusado for durante o período noturno. Não sendo possível a alteração do turno do trabalho ou estudo, deve-se flexibilizar a medida, a fim de permitir, excepcionalmente, o recolhimento domiciliar no período noturno.

Note-se que o o recolhimento domiciliar, diante das restrições impostas, é para situação em que, não fosse o cumprimento dos requisitos do domicílio e trabalho fixos, seria determinada a prisão. O que se quer dizer é que, como o recolhimento domiciliar se trata de cautelar diversa da prisão que impõe severas restrições ao direito de liberdade, aproximando-se, e muito, da prisão domiciliar, o juiz só deve utilizar esse tipo de medida quando as outras medidas diversas não forem suficientes e adequadas.

O recolhimento domiciliar é previsto para casos em que, como se disse, não fosse a circunstância de o agente possuir residência e trabalhos fixos, seria decretada a prisão processual.

Por outro lado, dependendo da gravidade do crime e das circunstâncias do fato, além do recolhimento domiciliar, podem ser impostas outras medidas cautelares diversas, sendo a mais pertinente, afora a monitoração eletrônica, a proibição de contato com pessoa determinada. A esse respeito, parece evidente que se o agente está em cumprimento de medida cautelar mediante o recolhimento domiciliar, para todos os efeitos, ele está proibido, também, de acesso ou frequência a qualquer lugar que não seja a casa onde está cumprindo a medida e o seu local de trabalho. Não seriam necessárias, portanto, as medidas cautelares dos incisos II e III do art. 319 do CPP. Mas o agente poderia, mesmo sob recolhimento domiciliar, e a tanto não estaria proibido, manter contato, pelas mais diversas formas, com quem quisesse. Por conseguinte, se for o caso, juntamente com o recolhimento domiciliar, cabe a proibição de manutenção de contato com determinada pessoa. Poderia ser agregada, ainda, a medida cautelar referente ao comparecimento periódico em juízo, para informar e justificar as atividades. Inclusive, pode ser imposta a proibição de acesso às redes sociais, desde que seja fundamentada essa necessidade, imposição que pode ser fundamentada com suporte no inciso II do art. 319 do CPP, conforme aqui já defendido.

Seja como for, assim como acontece na *prisão domiciliar*, no *recolhimento domiciliar* se mostra mais do que pertinente ser determinada, cumulativamente, a monitoração eletrônica, a fim de que seja feito o devido acompanhamento quanto ao efetivo cumprimento dessa medida.

Por todo o exposto, o recolhimento domiciliar pode ser decretado tendo como fundamento qualquer um dos fundamentos do inciso I do art. 282 do CPP, ou seja, como necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática das infrações penais.

6.3.1.6. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira

A suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira tem despertado muita atenção dentre as medidas cautelares diversas da prisão trazidas à baila com a Lei nº 12.403, de 2011. Porém, não se trata, propriamente, de nenhuma grande novidade. Essa espécie de medida cautelar já era prevista em três diplomas legais.

De fato, o afastamento do exercício de função pública como medida cautelar diversa da prisão foi incluída em nosso sistema com o Decreto-Lei nº 201, de 1967 (Lei dos Crimes de Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores — art. 2º, II), seguido da Lei Complementar nº 35, de 1979 (Estatuto da Magistratura — art. 29) e da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas — art. 56, § 1º).

Conforme a dicção normativa do art. 319, VI, deve ser decretada a medida cautelar de “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”. Em várias situações esse tipo de medida cautelar se apresentava como a mais adequada e suficiente para permitir o aprofundamento de investigação ou para evitar a prática de novas infrações, porém, o juiz criminal não podia dela se utilizar, à ausência de previsão normativa.

Aliás, nos crimes em geral praticados por servidores públicos valendo-se do exercício da função (corrupção passiva, concussão, peculato, fraude a licitação etc.) e em delitos de lavagem de dinheiro a suspensão do exercício da função pública ou privada é medida que não raro se apresenta como de extrema necessidade.

Em caso emblemático envolvendo a apuração de corrupção sistêmica que seria comandada por um então governador do Distrito Federal, verificou-se que a medida eficiente para viabilizar a apuração dos fatos era o afastamento do exercício da função.

Embora estabelecida em lei especial para os crimes praticados pelos prefeitos, por magistrados e para os delitos de tráfico de entorpecentes (arts. 33, caput, § 1º, e 34 a 37, da Lei de Drogas), não existia norma jurídica respaldando, nos mais diversos casos também envolvendo agentes públicos, a suspensão do exercício de função.

Essa lacuna no ordenamento jurídico animou alguns juízes criminais a utilizar, subsidiariamente, o art. 20, § 1º, da Lei nº 8.429, de 2 de julho de 1992 (incluído pela Lei nº 114.230, de 25 de outubro de 2021), o qual permite à *autoridade judicial ou administrativa* determinar “... o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual”.

Acontece que, como se sabe, a Lei de Improbidade Administrativa trata de apurações administrativas e processos cíveis, não de feitos criminais, de modo que as disposições ali contidas não são aplicáveis ao processo penal. Não se presta, portanto, para ser adotada como medida cautelar no ambiente criminal.

Ademais, em vários e vários casos, a exemplo do que acontece, em regra, nos crimes de lavagem de dinheiro, a ação ilícita é praticada pelo agente se utilizando, para tanto, da atividade privada por ele exercida. A Lei nº 9.613, de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), em certa medida, dispõe de medida cautelar assecuratória, de ordem patrimonial, que, ao fim e ao cabo, gera como consequência o afastamento do exercício de atividade empresarial do agente ou de pessoa que age a seu mando, como é a hipótese na qual, nos termos do art. 5º, da Lei em referência, a par do sequestro dos bens, direitos ou valores, o juiz nomeia pessoa qualificada para administrar os bens. Não raro, a nomeação se faz para que, em substituição ao agente investigado ou acusado, a pessoa designada pelo juiz administre empresas privadas, como bares, restaurantes, lojas, prestadoras de serviço etc.

A existência de medida cautelar pessoal na área criminal diversa da prisão, restringindo o exercício de função, portanto, era acalentada pelos operadores jurídicos, em razão de sua extrema utilidade em muitas situações. E o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica se desincumbiu bem de sua missão, na parte em que admitiu como medida cautelar de ordem pessoal o afastamento do exercício de função pública ou de natureza privada, econômica ou financeira.

Essa é a interpretação que sobressai da norma que alberga a medida cautelar sob a modalidade de suspensão de função, a qual está assim redigida: “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais” (art. 319, VI, do Código de Processo Penal).

Não cabe discutir a natureza da função pública, se decorrente do exercício de cargo privativo, em comissão ou eletivo. Todas elas estão abrangidas, não sendo razoável alvitrar

entendimento no sentido de que a norma não se aplica aos que ocupam cargos eletivos, como prefeitos, governadores e parlamentares. Lembre-se, aqui, os casos de afastamentos do exercício do cargo de senadores, deputados e chefes do executivo.

Acontece que, conforme explicitado no item 6.2.5.1.5 supra, no julgamento da ADI 5526/DF, por maioria apertada de um voto, modificando a jurisprudência sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, no caso de parlamentares, incide a regra inserta no art. 53, § 2º, da Constituição, de modo que, conquanto possível a decretação de medida cautelar diversa da prisão, caso isso impossibilite, direta ou indiretamente, o *pleno e regular* exercício do mandato parlamentar e de *suas funções legislativas*, os autos respectivo devem ser remetidos, dentro de vinte e quatro horas, para a casa respectiva¹³⁴⁹.

Resta evidente, ainda, que a expressão *ou de atividade de natureza econômica ou financeira*, como desempenho profissional diferente de *função pública*, está a indicar que a referência é a qualquer tipo de atividade profissional privada, submetida ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, de contrato de prestação de serviços ou como empresário autônomo, dono de seu próprio negócio.

De outra banda, pelo que consta do texto normativo, esse tipo de medida só há de ser decretada *quando houver justo receio* de que a função pública ou privada seja *utilizada para a prática de infrações penais*. Portanto, na decisão que a decreta, deve fazer parte da fundamentação o detalhe de que o desempenho do cargo ou emprego servia de instrumento para a prática dos crimes em apuração e de que há o justo receio de que continue a sê-lo.

Isso não quer dizer, todavia, que a medida cautelar de suspensão de função só pode ter como fundamento a necessidade de sua decretação para evitar a prática de infrações ou para a manutenção da ordem pública ou econômica. Em absoluto. O fundamento da medida cautelar pode estar escorado, igualmente, na necessidade do afastamento do agente da atividade pública ou privada no escopo de assegurar a investigação ou instrução processual, o que, aliás, é muito comum em casos envolvendo servidores públicos.

A permanência do agente no desempenho da função estatal, quando o crime é praticado em razão dessa condição, ainda que não haja risco da prática de novas infrações — o que é raro, diga-se —, pode prejudicar, severamente, a apuração, não apenas diante da intimidação de seus subordinados, mas porque poderá, das mais variadas formas, inviabilizar a colheita de provas. Com o afastamento do cargo, o ambiente fica mais saudável para o desenvolvimento da apuração, ficando os demais servidores ou funcionários mais à vontade e encorajados para colaborar com a apuração dos fatos.

Dois aspectos merecem consideração especial. O primeiro é que a norma não fala na eventual designação, pelo juiz, de alguém para responder pelo serviço do qual o indiciado ou acusado vier a ser afastado. Em se tratando de servidor público, por óbvio, não há a menor necessidade, porquanto a substituição se verifica conforme as regras de substituição definidas em lei ou ato normativo.

Entretanto, se o afastamento determinado for de atividade privada, como, por exemplo, gerenciamento de uma empresa, haverá de ser feita a designação de alguém. Até porque, permitir que qualquer pessoa permaneça no exercício da atividade econômica ou financeira pode tornar ineficaz a medida que determina o afastamento do acusado, diante da continuidade na prática de novos crimes por intermédio de outrem.

Talvez o legislador não tenha se ocupado em dizer, quando necessário, algo a respeito da nomeação de alguém para gerenciar a empresa no lugar da pessoa afastada, porque, em verdade, essa medida guarda identidade maior com a cautelar de ordem patrimonial. Mas seria o caso de ter feito essa consideração, ainda que fosse mediante a inclusão de dispositivo no capítulo VI do Título VI do Livro I do Código de Processo Penal, que cuida das medidas assecuratórias.

Em se tratando de crime de lavagem de dinheiro, não haverá nenhum problema, pois, conforme asseverado acima, o art. 5º da Lei nº 9.613, de 1998, contempla essa medida. Se for outro

¹³⁴⁹ Conjur. Disponível em www.conjur.com.br/dl/publicado-acordao-stf-medidas.pdf. Acesso em: 26 set. 2018

tipo de crime, tendo o juiz determinado a suspensão da atividade privada e sendo necessária a designação de alguém para responder pelo serviço, o juiz está autorizado a fazê-lo.

O que não pode é o juiz deixar a empresa acéfala ou à própria sorte, até porque se trata de patrimônio que há de ser preservado, tanto em caso de condenação, para que reverta em proveito de quem seja devido, como na absolvição, com a restituição ao agente da empresa com a sua saúde econômica e financeira preservada. O magistrado designa uma espécie de interventor, fixando o valor da remuneração pelo trabalho conforme o negócio a ser gerido e a forma da prestação de contas.

O segundo aspecto é quanto à remuneração da pessoa afastada. O legislador foi desatento em relação a essa questão, quando deveria ter sido expresso, a fim de dissipar dúvidas. Tem-se notícia de casos em que juízes criminais, fazendo uso dessa nova modalidade de cautelar, têm determinado o afastamento do exercício de função pública, com a consequente suspensão da remuneração pelo cargo. Não parece que essa seja a posição mais acertada, uma vez que não há disposição legal expressa nesse sentido. A norma aqui não pode ser interpretada a fim de que se torne mais restritiva do que a sua leitura indica. Até porque, para todos os efeitos, em se tratando de servidor público, cláusula constitucional veda, até mesmo, a mera redução da remuneração, o que não dizer a sustação do seu pagamento em si, que se constitui verba de natureza alimentar.

Naturalmente que o legislador tinha ciência, quando redigiu a norma, que tanto o servidor público quanto o da iniciativa privada percebem remuneração em razão do desempenho de atividade funcional. Dessa maneira, se o legislador falou em suspensão da atividade, mas silenciou quanto à remuneração, é porque esta não se encontra compreendida na restrição que vier a ser imposta, a título de medida cautelar.

E não seria o caso mesmo de a suspensão do exercício da função acarretar, também, a interrupção do pagamento da remuneração. Caso o afastamento implicasse, *ipso facto*, na sustação da remuneração, muito provavelmente os juízes seriam bastante parcimoniosos na determinação da medida cautelar em exame. Imagine-se o caos familiar se o seu provedor, de uma hora para a outra, tiver suspensa a sua remuneração: Como ficaria a alimentação do cônjuge e da prole e o pagamento de outras despesas vitais, como educação, água, energia etc.?

Cabe notar que no caso de afastamento de magistrado do exercício da função jurisdicional, em razão do recebimento de ação penal ou de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, resta conservado o direito ao recebimento da remuneração, nos termos do art. 27, § 3º, da Lei Orgânica da Magistratura. De igual modo, quando se trata de afastamento em razão da prática de ato de improbidade administrativa, o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, por expressa disposição legal, é sem prejuízo da remuneração (art. 20, § 1º, da Lei nº 8.429, de 1992).

Na edição anterior, sustentamos que, em nosso sentir, não parecia justo e adequado que o servidor público afastado de suas funções conservasse o direito de receber a remuneração integral. Dissemos que o mais indicado seria que fosse mantido o pagamento, apenas, de parte da remuneração, em razão da redução, por exemplo, de 1/3. A esse respeito, foi feita referência a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no RMS 21.778/MT, que referendou lei estadual que previa a redução da remuneração do servidor afastado administrativamente da função para fins de apuração de crime praticado em razão da função¹³⁵⁰.

¹³⁵⁰ RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. REDUÇÃO EM UM TERÇO DE SEU SUBSÍDIO. ART. 64 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 04/90. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A previsão do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Mato Grosso segundo a qual, em havendo a prisão preventiva de um servidor, sua remuneração deve ser reduzida em um terço, não ofende os princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da não-culpabilidade. Com efeito, trata-se de redução temporária de vencimentos decorrente de sua ausência ao serviço e, em caso de absolvição, haverá o pagamento do um terço reduzido. 2. “Não há falar, em hipóteses tais, em força maior. Isso porque, em boa verdade, é o próprio agente público que, mediante sua conduta tida por criminosa, deflagra o óbice ao cumprimento de sua parte na relação que mantém com a Administração Pública” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 31/10/2007. Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 31 jan. 2012).

Nesse passo, criticamos a decisão do Supremo Tribunal Federal exarada no RE 482.006/MG, no sentido de que a redução de vencimentos de servidores processados não está em compasso com os princípios da presunção de não culpabilidade e da irredutibilidade de vencimentos¹³⁵¹. Esse entendimento, naquele momento, nos parecia equivocada, pois a redução da remuneração não se trata, propriamente, de tipo de diminuição remuneratória vedada pela Constituição, mas a consequência pelo fato de a pessoa estar recebendo sem trabalhar. Todavia, o primeiro fundamento utilizado no acórdão, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, se apresenta irrefutável.

Como se não bastasse, há de se observar que está havendo abuso em relação a esse tipo de medida diversa da prisão. De fato, à míngua da existência de um prazo limite para o afastamento, tenho imposto a suspensão do direito de trabalhar por muitos anos, até o trânsito em julgado do processo. Isso não parece razoável. Há casos em que empresários são afastados da administração de seus negócios por muito anos, ainda que não se tenha, sequer, uma sentença condenatória.

Ainda quanto à remuneração do servidor público, a Lei de Lavagem de Dinheiro, com a inclusão do art. 17-D, deixou claro que, na hipótese de afastamento do servidor público, isso deve ocorrer “... sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei...”. Pois bem, se no caso de crime de lavagem de dinheiro a suspensão do exercício da função pelo servidor público deve ocorrer sem prejuízo da remuneração, o que não dizer na hipótese de outros crimes? Essa previsão normativa inibe o legislador estadual de dispor em sentido contrário quer em relação ao crime de lavagem de dinheiro ou quer quanto a outro tipo de ação delitativa. Perceba-se que a dicção normativa diz *sem prejuízo da remuneração*. Em outras palavras, naturalmente que se assegura a percepção da remuneração em sua integralidade.

Na atividade privada, essa suspensão de função não caracteriza, no sentido técnico-trabalhista, *suspensão do contrato de trabalho*. Está mais para *interrupção do contrato de trabalho*, em que ocorre a sustação temporária da principal obrigação do empregado, que é a prestação do serviço, sem que o empregador esteja desonerado de pagar o salário¹³⁵².

De outra banda, o legislador, na intenção de sanar omissão na Lei de Lavagem de Dinheiro quanto à suspensão ou afastamento do agente público do exercício do cargo, por obra da Lei nº 12.683, de 2012, foi bastante além da previsão contida no Código de Processo Penal, ao salientar que “Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno.” (art. 17-D).

Note-se que a interpretação literal do dispositivo em foco leva à conclusão de que, na hipótese, para o afastamento do servidor público do exercício de sua função basta, apenas, que tenha ocorrido o *indiciamento*, não havendo necessidade da presença de nenhum dos fundamentos do art. 282, I, e, sequer, de decisão judicial. Dessa forma, à primeira vista, o afastamento do servidor público seria automático com o indiciamento, ou seja, em outras palavras, seria a própria autoridade policial competente para determinar medida cautelar de ordem processual, o que,

¹³⁵¹ EMENTA: ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I — A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, inciso LVII, e art. 37, inciso XV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II — Norma estadual não recepcionada pela atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. III — Impossibilidade de pronunciamento desta Corte sobre a retenção da Gratificação de Estímulo à Produção Individual — GEPI, cuja natureza não foi discutida pelo tribunal a quo, visto implicar vedado exame de normas infraconstitucionais em sede de RE. IV — Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 7/11/2007. Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 31 jan. 2012).

¹³⁵² SILVA, Flávia Martins André da. **Suspensão e interrupção do contrato de trabalho**. <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 31 jan. 2012.

convenhamos, é inadmissível.

Em outras palavras, a dicção normativa do art. 17-D da Lei de Lavagem de Dinheiro dá a entender que a suspensão do exercício da função do servidor público seria um *efeito* jurídico do indiciamento.

Certamente essa não pode ser a leitura do dispositivo, por mais que a intenção do legislador, pelos mais diversos motivos, tenha sido conferir ao *ato de indiciamento* o *efeito jurídico* de ocasionar a suspensão do exercício da função do servidor público investigado. A inconstitucionalidade é flagrante, pois, conforme explicitado linhas acima, estar-se-ia conferindo à autoridade policial a possibilidade de decretar medida cautelar de ordem pessoal no ambiente do processo penal.

Há de se entender que a medida prevista no art. 17-D da Lei de Lavagem de Dinheiro, já anteriormente prevista no art. 319, VI, do CPP, como toda e qualquer medida cautelar de ordem pessoal, seja ela detentiva ou não, exige que a sua decretação seja oriunda de decisão judicial, sendo de mister fundamentação revelando a sua necessidade e adequação, nos termos do art. 282, incisos I e II, do Ordenamento Processual Penal. Isso porque, qualquer que seja a sua espécie, a medida diversa da prisão, em sua essência, representa restrição ao direito de liberdade.

Não se há de negar que a aplicação de medida suspendendo o direito da pessoa de desempenhar uma função pública em razão da apuração de um crime praticado trata-se de restrição de ordem pessoal, caracterizando restrição ao direito de liberdade em si. É medida que afeta não apenas o direito da pessoa de exercer a função, pois implica na proibição, igualmente, de frequentar a sede do órgão, o seu gabinete ou lugar de trabalho, e de se relacionar, funcionalmente, com os demais servidores.

Com suporte nessas e outras considerações, a Associação nacional dos Procuradores da República – ANPR ingressou com a ADI 4911/DF questionando o art. 17-D da Lei nº 9.613, de 1998. Diante da relevância da matéria e o seu especial significado para a ordem social e a segurança pública, o então relator Ministro Ricardo Lewandowski adotou o procedimento abreviado previsto no art. 12 da Lei nº 9.868, de 1999. O processo foi redistribuído para o Ministro Edson Fachin, tendo a Procuradoria-Geral da República opinado pela procedência do pedido. No entanto, a matéria ainda está pendente de julgamento, mas acredita-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal será no sentido de emprestar ao dispositivo interpretação conforme à Constituição, de modo a firmar a orientação de que, na hipótese do art. 17-D, o afastamento do servidor público de suas funções depende de prévia decisão judicial.

Para além da questão da remuneração do agente afastado do cargo, emprego ou função e da necessidade de que haja decisão judicial fundamentada impondo a medida, o legislador pecou ainda por ter previsto o tempo de duração da suspensão. O mais razoável é que esse tipo de afastamento tenha um prazo fatal, especialmente, quanto às fases da investigação e do processo em primeira instância. Aqui deveria ter sido prevista, pelo menos, norma similar à do § 2º do art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, que estabelece o prazo de 90 (noventa) dias para a medida de afastamento do exercício do cargo, emprego ou função, prorrogável uma única vez e por igual prazo, mediante decisão motivada.

Por fim, a Lei nº 13.804, de 10 de janeiro de 2019, incluiu o art. 278-A, § 2º, no Código de Trânsito Brasileiro, a fim de estabelecer, como medida cautelar diversa da prisão, a ser aplicada no curso da investigação ou do processo instaurado para a apuração de crime de receptação, descaminho ou contrabando, caso demonstrada a necessidade para a garantia da ordem pública, a *suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor ou a proibição de sua obtenção*, o que implica, quando se trata de pessoa que exerce a função de motorista, em suspensão da prestação desse tipo de atividade.

6.3.1.7. Internação provisória de inimputável ou semi-imputável

O tratamento dispensado aos presos no sistema jurídico brasileiro, diante das péssimas

condições carcerárias, agravadas em razão da superlotação, como é do conhecimento de boa parte da população, está abaixo da linha do aceitável, não sendo despropositado dizer que muitos dos presídios mais se parecem com masmorras medievais ou meros depósitos de seres humanos. Ainda assim, a parte mais sensível e, a um só tempo, menos visível desse problema reside na falta de cuidados com as internações dos inimputáveis e simi-imputáveis, nos poucos manicômios judiciários existentes.

Não raro, o manicômio judiciário não passa de uma ala de estabelecimento carcerário destinado às pessoas com falta de higidez mental. Na maioria das vezes, o inimputável finda recebendo tratamento muito mais severo do que o reservado para os presos em geral, pois as internações não possuem, sequer, prazo definido para a sua validade. Sem contato com a família, muitos acabam *institucionalizados*, segregados *ad eternum*¹³⁵³. A problemática possui ingredientes a mais, em razão de se tratar, antes de tudo, mais de questão afeta à área de saúde e humanitária do que de segurança pública ou jurídica.

Para todos os efeitos, tanto o antigo art. 80 do Código Penal quanto os arts. 378 e 152, § 1º, do Código de Processo Penal cuidavam da internação como medida cautelar, destinada aos inimputáveis e aos ébrios habituais e toxicômanos. Revogado o art. 80 do CP mercê da adoção do sistema vicariante com a reforma da Parte Geral do Código Penal operada pela Lei nº 7.209, de 1984, e de permeio, do art. 378 do CPP, restou a disciplina do art. 152, § 1º, do CPP, segundo a qual, constatada a doença mental, “o juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.” Essa disposição normativa, que permaneceu em vigor, com frequência, era aplicada pelos juízes como medida automática para a internação provisória, sem levar em consideração a sua necessidade, ou não, tendo em consideração, apenas a circunstância de o agente apresentar deficiência mental.

Parte considerável da doutrina sempre se posicionou de forma crítica a essa postura judicial, advertindo que a internação provisória só é cabível quando, a par da materialidade e dos indícios de autoria, restar demonstrada a necessidade de ser aplicada essa medida restritiva. Mesmo assim, grande parte das internações vinha sendo pautada na presunção *juris et de jure* de periculosidade aferida com base apenas na circunstância de o agente ser portador de doença mental, em evidente violação aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

E pior é que, malgrado o art. 97, caput, segunda parte, do Código Penal, dispor que a internação dos sentenciados com medida de segurança, em princípio, só deve ser determinada se o crime cometido for passível de pena de reclusão, de modo que se se trata de pena de detenção, a medida a ser aplicada é apenas o tratamento ambulatorial, levantamento feito pelo Conselho Nacional identificou país afora a existência de um expressivo número de hospitais psiquiátricos (verdadeiros manicômios) superlotados de pessoas portadoras de sofrimento mental acusadas da prática de crimes de menor gravidade, algumas das quais confinadas por tempo muito superior ao prazo determinado na medida de segurança imposta, sem que recebessem a assistência à saúde necessária e nem mesmo uma avaliação clínica sobre a necessidade, ou não, da continuidade da internação.

A segunda etapa da Reforma Tópica objeto da Lei nº 12.403, de 2011, tem o mérito de esclarecer que a internação provisória é medida cautelar e como tal há de ser tratada, notadamente quanto à existência da presença dos requisitos e da necessidade de sua imposição. Ademais, ao dizer que esse tipo de medida cautelar só é admissível “... nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração”, caminha passo a passo com a política mundial antimanicomial e em sintonia com os princípios e diretrizes constantes da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, reiterados nas II e IV Conferências Nacionais de Saúde Mental (2001 e 2010) e na

¹³⁵³ Para obviar essa situação, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria nº 26, de 31 de março de 2011, instituiu grupo de trabalho para realizar mutirões, elaborar estudos e apresentar propostas relativas à fiscalização e ao acompanhamento do cumprimento de medidas de segurança, no desiderato de promover desinternamento de expressivo número de pessoas que se encontram internadas há longo tempo.

Resolução nº 4, de 30 de julho de 2010, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, diplomas normativos editados no afã de reduzir ao máximo as internações.

Para todos os efeitos, em relação a esse tipo de medida, dois são os requisitos específicos:

(a) prova da materialidade de crime praticado com violência ou grave ameaça, não sendo suficiente, portanto, a previsão de pena privativa de liberdade, como é a regra geral para as cautelares diversas da prisão; e (b) necessidade para evitar a reiteração de crimes.

Quanto a essa necessidade específica, fica ratificada a posição de que não pode ser adotada a medida tendo em conta a maior ou menor periculosidade do agente, ou como se vê na prática, na mera *presunção de periculosidade*, aplicando-a em virtude de o agente *ser o que é*, e não pela necessidade de evitar novos crimes.

Mas o legislador não está indene a crítica. Ele admitiu como medida cautelar apenas a internação, sem fazer referência à determinação de submissão a tratamento ambulatorial. Aqui, como o tratamento ambulatorial é medida mais benéfica para o agente, pensamos que nada impede o juiz, ao invés de determinar a internação, impor, apenas, que o agente seja submetido a essa terapia. Essa posição se conforta com as diretrizes da Lei nº 10.216, de 2001, da Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, e da Recomendação nº 35, de 12 de julho de 2011, as duas últimas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça, que apontam como norte a política antimanicomial.

Até porque exegese tendo em conta o art. 97, caput, segunda parte, do Código Penal, leva à conclusão de que, em qualquer hipótese, se a pena prevista para o crime for a de detenção, em regra, deve ser determinado apenas o tratamento ambulatorial. Se assim não for, teríamos o paradoxo de admitir que a medida cautelar seja mais grave do que a medida de segurança a ser aplicada, no final do processo, com a sentença.

Por fim, cabe ressaltar que essa medida cautelar só pode ter como fundamento a necessidade de sua decretação para evitar a prática de infrações ou a manutenção da ordem pública ou econômica (art. 282, I, última parte, do CPP).

6.3.1.8. Monitoração eletrônica

No direito estrangeiro faz tempo se tem notícia da utilização da monitoração eletrônica como instrumento hábil para evitar o recolhimento à prisão, seja quando aplicada na qualidade de pena, seja como medida cautelar diversa da prisão. Há registros de que, ainda no ano de 1946, o monitoramento eletrônico foi utilizado no Canadá, como forma de fiscalização de pessoa presa em seu próprio domicílio. Mas foi a partir da década de 1980 que se deu, propriamente, o início da fiscalização eletrônica, por meio de projetos pilotos experimentados nos Estados Unidos, em Washington, na Virgínia e na Flórida¹³⁵⁴. Além dos Estados Unidos, esse mecanismo foi implementado no Canadá, Reino Unido, Suécia, Países Baixos, Holanda, França, Bélgica, Itália, Alemanha, Espanha, Portugal, Suíça, Hungria, Andorra, Austrália, Nova Zelândia, Argentina, Singapura e África do Sul¹³⁵⁵.

São as mais variadas as experiências colocadas em prática. Basicamente, existem dois sistemas, denominados (a) *front-door*; e (b) *back-door*. O *front-door* tem como finalidade maior evitar o ingresso do agente no sistema carcerário, em que o monitoramento é utilizado como pena principal ou substitutiva da privativa de liberdade ou como medida cautelar. Já o *back-door* é o uso da fiscalização eletrônica como forma de se dar continuidade ao cumprimento da pena, geralmente quando da progressão para regime similar ao aberto.

Com base nessas duas linhas do sistema de monitoramento eletrônico, diversas foram as

¹³⁵⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: **Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil**, p. 14. Em verdade, a iniciativa se deu no Novo México, em 1983, com a intenção de monitoração de cinco presos, ideia retirada de uma história em quadrinhos, na qual o super-herói Homem-Aranha ficava sendo monitorado pelo vilão, por meio de bracelete colocado sem seu braço, conectado a um radar (ibid.).

¹³⁵⁵ Ibid., p. 17.

experiências pioneiras registradas em vários Países: (a) prisão domiciliar, provisória ou definitiva (Estados Unidos); (b) violência doméstica (França); (c) *probation*, em que o acusado é colocado em vigilância, sem necessidade de recolhimento à prisão (Estados Unidos); (d) *parole*, espécie de liberdade condicionada, sendo o condenado liberado antes do cumprimento de toda a pena (Estados Unidos); (e) *curfew orders*, ordens monitoradas que impedem ou determinam a permanência do condenado em determinado local, associado ao programa *Home Detention Curfew*, com a finalidade de promover a soltura dos condenados 2 (dois) meses antes do final da pena (Inglaterra e País de Gales).

Para além do tipo de medida imposta como condição para evitar o recolhimento à prisão, o perfil para a definição dos usuários do monitoramento, via de regra, concentra-se em agentes multirreincidentes, pessoas que exigem maior controle, como forma de conferir proteção mais eficaz à sociedade. Também é comum para usuários de drogas e acusados de dirigir sob influência de álcool, assim como para os que praticam crimes sexuais.

Quanto à tecnologia, basicamente, o sistema de monitoramento pode ser *estático ou móvel*. O estático, que é mais barato, é indicado para os casos em que o monitoramento se resume à fiscalização de que o agente, conforme estabelecido, deve permanecer em determinados lugares, como é o exemplo clássico da prisão domiciliar ou, então, no local no qual que ele está proibido de frequentar, podendo, assim, ser utilizado para a definição de zonas de *inclusão ou de exclusão*. O monitoramento móvel, para além de certificar o cumprimento da obrigação, serve para informar os locais por onde eventualmente o agente tenha se deslocado, pelo que se presta, também, para tentar evitar a reincidência.

Embora mais cara, o monitoramento móvel é a tecnologia preferida, pois possibilita que se saiba, em tempo real, se o agente está descumprido o que lhe foi determinado. Há no mercado equipamentos, inclusive, com receptor de voz, similar a telefone celular, permitindo que o órgão fiscalizador se comunique com o agente, em qualquer situação de necessidade.

A par disso, o equipamento é de aço e revestido de couro com fios que servem para identificar a tentativa de rompimento. No primeiro instante em que se tenta o rompimento, é emitido uma espécie de apito de baixo decibel e caso o agente persista na tentativa de rompimento, há o aumento do volume, com som similar ao de uma sirene, sem embargo da possibilidade de ser enviada pelo órgão de controle de comunicação de voz.

Essa tecnologia foi apresentada no Workshop de Boas Práticas de Gestão das Varas Criminais e de Execução Penal, realizado em 9 de fevereiro de 2010, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo daí em diante se disseminando por todo o País.

Mesmo em Países mais avançados, embora estudos apontem que o monitoramento eletrônico importe em despesa *per capita* inferior ao gasto com a manutenção de pessoa recolhida à prisão, o custo tem se apresentado como empecilho para a sua utilização em maior escala¹³⁵⁶. Para obviar esse senão de ordem financeira, alguns Países, como Estados Unidos, Bélgica, Suécia e França, cobram os custos de quem faz uso do equipamento.

Ao contrário do que geralmente se diz, e se pensa, o monitoramento eletrônico não se presta para evitar a prática de crimes nem muito menos tem como finalidade precípua diminuir o grave problema da superpopulação carcerária, com conseqüente redução dos custos com a manutenção da infraestrutura de pessoal e material.

Em verdade, cuida-se de eficiente mecanismo para melhor fiscalização do cumprimento de obrigações que sejam impostas ao agente, assim como meio pertinente para evitar o processo

¹³⁵⁶ Em workshop promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, em dia 9 de fevereiro de 2011, estados como Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo, Rondônia, Mato Grosso do Sul e Paraíba relataram iniciativas quanto ao monitoramento eletrônico. De acordo com o levantamento feito na época, havia mais de 5.500 (cinco mil e quinhentos) presos sendo monitorados eletronicamente. Os custos para o funcionamento do sistema foram os mais diversos, com variação entre R\$ 300,00 (trezentos) reais mensais por preso (sistema da Paraíba) a pouco mais de R\$ 600,00 (seiscentos) reais (Rio Grande do Sul). De qualquer sorte, despesa bem inferior em relação ao recolhimento à prisão, cujo custo, em fevereiro de 2011, era estimado em 1.800,00 (mil e oitocentos) reais. (http://prisional.blogspot.com/2011_02_01_archive.html, acesso em 07/02/2012).

de marginalização e de incremento da delinquência inerente a todo e qualquer estabelecimento carcerário, dando-se preferência ao tratamento curativo sem impedir o desenvolvimento da atividade laborativa do agente e a manutenção de sua vida social e familiar¹³⁵⁷.

É verdade que com a utilização mais frequente da tornozeleira eletrônica em todo o País, passaram a ser registrados muito casos de pessoas praticando crimes, mas portando tornozeleiras. Esses casos não servem para infirmar a eficiência da tornozeleira em si, mas, sim, do sistema de acompanhamento das pessoas que estão sob monitoramento. É importante ter em conta que esse serviço de monitoramento não pode ser confiado a empresas privadas. Essas podem, até, cooperar, mas as secretarias de segurança pública não devem abdicar do dever de fiscalizar. Assim, conquanto as tornozeleiras sejam adquiridas a empresas privadas, o acompanhamento eletrônico de quem está usando o equipamento há de ser feito pelos órgãos de segurança e mesmo auxiliados pelos órgãos jurisdicionais.

Em nosso meio, a adoção da técnica de monitoramento eletrônico encontrou muita resistência entre alguns juristas de escol, sob o argumento de que é aviltante, porquanto qualquer que seja o equipamento utilizado para esse fim (tornozeleira, bracelete, colar etc.), o uso do equipamento irá gerar constrangimento à pessoa no convívio social. Aqueles mais alinhados à filosofia liberal apontam, ainda, ofensa ao livre arbítrio, o qual compreende, até mesmo, o direito de quebrar as regras, tendo a plena consciência de que isso lhe acarretará sanções.

Mas não se pode deixar de reconhecer que não há nada mais agressivo à dignidade humana do que a prisão, especialmente em razão das precárias condições carcerárias em nosso País. O conhecimento mínimo da realidade do sistema penitenciário brasileiro está a revelar que ninguém, em sã consciência, irá preferir o recolhimento à prisão a ficar, em razão de submetido à monitoração eletrônica, apenas com o direito de liberdade com algumas restrições.

O mais importante, de toda sorte, é que o monitoramento eletrônico seja medida condicionada à aceitação do acusado ou condenado, de modo que caberá ao próprio interessado direto na questão, por sua livre e espontânea vontade, fazer a escolha entre ser ou permanecer recolhido à prisão ou ficar ou ser colocado em liberdade, sob monitoramento eletrônico. É alternativa que dependerá, sempre, da vontade do agente, seja com a prévia aceitação formalizada, por meio de algum documento, ou, então, implicitamente, pela aceitação em portar o equipamento e cumprir as condições ou demais medidas cautelares impostas pelo juiz cumulativamente.

Quando da elaboração do Plano de Gestão das Varas Criminais e de Execução Penal pelo Conselho Nacional de Justiça¹³⁵⁸ foi aprovada e encaminhada para o Congresso Nacional sugestão de lei disciplinando o monitoramento eletrônico para os casos de prisão em regime aberto — em verdade, seria transformado em espécie de prisão domiciliar com fiscalização à distância —, semiaberto e para os beneficiados com saídas temporárias¹³⁵⁹. A referida sugestão findou sendo transformada na Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, primeiro do que o Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 12.403, de 2011. Porém, infelizmente, só foi aprovada quanto à introdução do monitoramento eletrônico para os beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto (arts. 122 a 125, c/c o art. 146-B, II, da Lei de Execução Penal) e aos com direito a prisão domiciliar (art.

¹³⁵⁷ No Workshop de Boas Práticas na Gestão das Varas Criminais e de Execução Penal, promovido pelo CNJ, na condição de Conselheiro do órgão, afirmamos que o “foco (do monitoramento eletrônico) não é a redução da população carcerária, mas garantir o controle das determinações impostas pelo juiz”. (http://prisional.blogspot.com/2011_02_01_archive.html, acesso em: 7/02/2012).

¹³⁵⁸ Coordenamos o grupo de trabalho que elaborou o Plano de Gestão, ademais de termos sido o relator da matéria em plenário, aprovada à unanimidade.

¹³⁵⁹ No texto, além de apoiar o então Projeto de Lei nº 4.208, de 2011, transformado, enfim, na Lei nº 12.403, de 2011, foi apresentada a sugestão de criação do monitoramento eletrônico para a execução penal, nos casos de cumprimento de pena nos regimes aberto e semiaberto e de saída temporária. Quanto ao regime aberto, que consiste na colocação do condenado em liberdade com recolhimento noturno a casa de albergado, a ideia era alterar o art. 36, § 1º, do Código Penal, a fim de que o recolhimento noturno fosse no domicílio, com a fiscalização por meio de monitoramento eletrônico, uma vez que, segundo consenso entre os juízes com exercício em varas de execução penal, o modelo atual não tem se mostrado medida eficaz, ademais de alimentar a criminalidade. (<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/plano-gestao-varas-criminais>).

117, c/c art. 146-B, IV).

Finalmente, com a aprovação da Lei nº 12.403, de 2011, a monitoração eletrônica foi aprovada como medida cautelar diversa da prisão. O legislador, de forma simplista, prescreveu a *monitoração eletrônica* dentre as modalidades de medidas cautelares pessoais diversas da prisão. A norma está assim prescrita: “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...). IX — monitoração eletrônica.”

Não se fala em nenhuma condicionante, mas não há dúvidas de que passa pela necessária concordância do agente que irá ser submetido ao monitoramento eletrônico. Até porque não se pode, à força, colocar um equipamento eletrônico em quem quer que seja, obrigando-o a usá-lo como condição para ficar em liberdade. Se a pessoa não quiser se sujeitar a tal, a consequência será a aplicação de outra medida cautelar diversa ou, então, entendendo o juiz que essa medida, isolada ou cumulativa com outras, é a única forma de evitar a prisão, decretar a medida cautelar detentiva. Aliás, muito provavelmente, diante da recusa em usar o equipamento eletrônico, a alternativa será a decretação da prisão.

Note-se que a monitoração eletrônica, raramente, deverá ou será imposta como única medida cautelar. Ela é uma espécie de medida subsidiária de vital importância para obter maior controle quanto ao cumprimento de outra — ou outras — medida imposta pelo juiz. Ao contrário do que se pensa, a monitoração eletrônica se mostra mais pertinente para os casos que exigem fiscalização mais rigorosa quanto ao cumprimento de medidas diversas da prisão.

É plenamente compatível e recomendável com as medidas diversas de (a) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; (b) proibição de manter contato com pessoa determinada; (c) proibição de ausentar-se da comarca; e (d) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga. Parece, igualmente, medida adequada aos casos de suspensão do exercício de função pública ou atividade privada, a fim de fiscalizar se o agente está frequentando o local onde executava as suas tarefas.

No workshop promovido pelo Conselho Nacional de Justiça mencionado acima, restou demonstrado que os Estados têm dado preferência ao sistema eletrônico de monitoração móvel, que permite acompanhar, em tempo real, os passos do agente em *liberdade vigiada* onde quer que esteja localizado, por meio de dispositivo de localização global, denominado *Global Positioning System* — GPS, alguns deles com sistema de som a permitir que o responsável pela fiscalização encaminhe avisos sonoros.

Reiterasse-se, entretanto, que o mais importante não é que o sistema seja inviolável quanto ao rompimento do dispositivo eletrônico, mas sim que ele seja eficiente no rastreamento do agente, a fim de se saber, efetivamente, se ele está cumprindo o que lhe foi determinado e, em caso de descumprimento, os agentes de segurança tenham agilidade para localizar e deter o agente, colocando à disposição do judiciário.

Pena que o legislador não cuidou de estabelecer a cobrança do custo do monitoramento eletrônico, o que deveria ter sido providenciado, com a ressalva da gratuidade em relação aos considerados pobres na forma da lei. Sem embargo do silêncio do Código de Processo Penal, acredita-se cabível a cobrança do custo na qualidade de *despesa* processual, assim como ocorre com perícia solicitada pela parte que tem condições financeiras de suportar o pagamento. Não se trata, naturalmente, de taxa judiciária, que, para todos os efeitos, prescinde de criação por lei, mas, sim, de *despesa* processual, até porque parte do serviço é terceirizado, tendo o Judiciário que pagar à empresa contratada para implantar e operacionalizar o sistema¹³⁶⁰.

¹³⁶⁰ A doutrina e a jurisprudência fazem a distinção entre despesa e custa processual. A respeito, cabe conferir decisão unânime da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa, em acórdão relatado pelo Ministro Luiz Fux, é a seguinte: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. (RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PAGAMENTO ANTECIPADO PARA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS PELA FAZENDA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. ART. 39, DA LEI Nº 6.830/80. ART. 27, DO CPC. DIFERENÇA ENTRE OS CONCEITOS DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. PRECEDENTES.) 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão,

Conforme dissemos, em determinados casos, naqueles em que o juiz, ao examinar o auto do flagrante em delito, entender que é caso para a decretação/conversão em prisão preventiva, sendo afiançável o delito, poderá condicionar a soltura ao pagamento da fiança e, ainda, se for o caso, à submissão a monitoração eletrônica.

De acordo com o entendimento aqui sustentado, a liberdade provisória condicionada ao prévio pagamento de fiança, que pode ser cumulada com a exigência do monitoramento eletrônico, possui como pressuposto lógico o reconhecimento pelo juiz, ao examinar o auto de flagrante delito, que a hipótese é de decretação/conversão em prisão processual, mas, como o crime é afiançável, caso seja reforçada a garantia por meio dessa garantia, cumulada, ou não, com outras medidas cautelares, poderá ser colocado em liberdade.

Em resumo, não sendo caso de transformação da detenção/prisão em flagrante em prisão processual, a liberdade deve ser concedida sem qualquer condicionante, seja o crime afiançável, ou não. Porém, se se entender que é cabível a imposição da prisão processual, diante da circunstância de o crime ser afiançável, é possível que se confira mais uma possibilidade de ser reconhecido o direito de liberdade provisória, desde que o agente ofereça garantia por meio do pagamento da fiança e, ainda, se for o caso, seja submetido a outras medidas cautelares diversas, sendo pertinente, dependendo do caso, a aplicação da monitoração eletrônica.

Nessa hipótese, conforme salientamos, a soltura do agente pode ser condicionada, quando existente o sistema, à aceitação pelo agente de que seja colocado o dispositivo eletrônico, a fim de que possa ser feita mas efetiva a fiscalização¹³⁶¹.

Conforme tratado o item 6.2.9.4, supra, a Resolução do CNJ nº 417, de 2021, dedicou especial atenção para o registro no BNMP 3.0 dos mandados de monitoramento eletrônico, a ponto de vedar a expedição sem prazo de validade determinado (art. 14, parágrafo único). No ponto, não se há de negar a importância quanto à definição de um prazo para a revisão da necessidade de manutenção de qualquer medida cautelar diversa da prisão, assim como se fez em relação à prisão preventiva, com a introdução do parágrafo único do art. 316 do CPP.

Acontece que exigência dessa natureza é matéria reservada a lei e o legislador não fixou nenhum prazo a respeito das medidas cautelares diversas da prisão. O mais adequado é que o sistema eletrônico do BNMP 3.0 crie mecanismo de alerta automático periódico, a fim de alertar o juiz quanto à existência de monitoramento eletrônico por determinado lapso temporal. Pode ser definido, por exemplo, que ao decurso de cada período de 90 (noventa) dias o alerta seja emitido.

6.3.1.9. Fiança

Consoante acentuado em várias passagens deste livro, as diversas modificações tópicas resultaram na descaracterização do instituto processual da fiança, apresentando-se necessária a

contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC. 2. Deveras, restou assentado no acórdão recorrido que, *in verbis*: “A isenção de que goza a Fazenda Pública, nos termos do art. 39, da Lei de Execuções Fiscais, está adstrita às custas efetivamente estatais, cuja natureza jurídica é de taxa judiciária, consoante posicionamento do Pretório Excelso (RE 108.845), sendo certo que os atos realizados fora desse âmbito, cujos titulares sejam pessoas estranhas ao corpo funcional do Poder Judiciário, como o leiloeiro e o depositário, são de responsabilidade do autor exequente, porquanto essas despesas não assumem a natureza de taxa, estando excluídas, portanto, da norma insculpida no art. 39, da LEF. Diferença entre os conceitos de custas e despesas processuais.” 3. Destarte, incorreu em erro material o julgado, porquanto o pedido declinado nas razões recursais referiu-se à isenção das custas processuais, sendo que, no dispositivo constou o provimento do recurso especial, com o adendo de que, se vencida, a Fazenda Nacional deveria efetuar o pagamento das custas ao final. 4. Embargos de declaração providos para determinar que se faça constar da parte dispositiva do recurso especial: “Ex positis, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para determinar a expedição da certidão requerida pela Fazenda Pública, cabendo-lhe, se vencida, efetuar o pagamento das despesas ao final.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão 23/06/2010. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada>. Acesso em: 7 fev. 2012. Esse entendimento quanto à distinção entre custas e despesas judiciais, repetido em diversos outros pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se, em sua inteireza, aos casos em que a monitoração eletrônica é realizada com o auxílio de empresa terceirizada, que pode ser legitimamente cobrada do agente que detém recursos financeiros suficientes para assumir esse encargo.

¹³⁶¹ Cf. item 6.2.4.1.5.4, supra.

redefinição de seu papel. Na ideia originária do Código de Processo Penal a regra era que, em se tratando de crime inafiançável, o agente respondia o processo submetido a prisão, mesmo em situações nas quais não restasse demonstrada a necessidade da medida. A fiança era o instrumento indispensável para que o agente tivesse reconhecido o seu direito de ficar em liberdade, notadamente nos casos em que ocorria o flagrante delito.

Alterada a política legislativa para adotar-se como regra no processo penal, independentemente do tipo de crime, o direito de o agente responder em liberdade, sendo irrelevante a circunstância de o ilícito penal ser, ou não, afiançável, obviamente que era preciso redefinir o papel da fiança no sistema processual penal.

Com essa nova orientação, de regra, não é a circunstância de o crime ser afiançável, ou não, que irá ser levada em consideração para a definição quanto ao direito de o agente responder o processo em liberdade, pois toda e qualquer medida cautelar, independentemente de sua espécie, só há de ser determinada se e enquanto for necessária.

Desse modo, de acordo com a nova orientação, sendo o crime afiançável ou não, o agente, mesmo no caso de flagrante delito, só será preso ou terá contra si decretado algum tipo de medida cautelar penal quando a decisão for fundamentada na necessidade da preservação da lei penal, da instrução da investigação ou do processo ou para evitar a prática de infrações. Para evitar repetição, rever o que foi expandido a respeito no item 6.2.4.1.5.4, supra, que faz considerações sobre a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do CPP).

Por isso mesmo, se antes, conforme a política legislativa adotada na redação primária do Código de Processo Penal, a circunstância de um crime ser classificado como inafiançável era a forma de conferir tratamento mais rigoroso, depois, com a alteração da orientação, estabelecer a restrição de um tipo de medida cautelar para os crimes mais graves tinha o condão de traduzir, equivocadamente, um *benefício*. A incongruência é evidente. Para os crimes menos graves, afiançáveis, podem ser impostos 9 (nove) tipos de medidas cautelares diversas da prisão, enquanto para os mais, apenas 8 (oito), pois vedada a fiança.

Tendo em conta essa nova ordem das coisas, para ser coerente, o legislador teria de prever, na qualidade de regra geral, a fiança como medida cautelar admissível, indistintamente para todos os crimes punidos com pena privativa de liberdade ou, então, apenas para crimes que fossem considerados mais graves.

Explique-se melhor. A manutenção da política criminal de vedar a fiança para os crimes mais graves, implica dizer que, em um caso concreto, entendendo o juiz que seriam suficientes e adequadas a imposição do recolhimento domiciliar e a fiança, como reforço para o cumprimento da primeira medida, ele poderia assim decidir caso o crime fosse menos grave, o juiz. Porém, sendo o crime mais grave, por ser inafiançável, ele só poderia colocar o recolhimento domiciliar.

Tenha-se presente que a fiança serve de fundamento instrumento com a qual se assegura o ressarcimento pelo menos de parte dos danos sofridos pelo ofendido, ademais de se apresenta como medida importante para reforçar o compromisso do agente quanto ao cumprimento de outra eventual cautelar diversa da prisão aplicada pelo juiz.

O certo seria, portanto, repita-se, que a fiança fosse prevista para toda espécie de crime ou, então, pelo menos para os mais graves e de ordem financeira, a exemplo das infrações de base organizativa, a exemplo dos crimes de lavagem de capitais, sonegação fiscal, contra o sistema financeiro, a ordem econômico-financeira e de corrupção e o próprio crime de organização criminosa.

A fiança deveria ter sido disciplinada como um instrumento de contracautela para fazer com que o agente cumpra as exigências estabelecidas pelo juiz, sob pena de perda do valor caucionado e, de permeio, assegurar ao ofendido, inclusive ao ente público, o ressarcimento do prejuízo ocasionado pelo delito.

Se assim tivesse sido concebido, o instituto estaria em sintonia com a justiça restaurativa, transformando-se em garantia para o ressarcimento dos prejuízos ocasionados em decorrência do crime, uma vez que, quando o juiz, na sentença condenatória, fixasse o valor mínimo da indenização (art. 387, parágrafo único, acrescentado pela Lei nº 11.719, de 2008), poderia, com o

trânsito em julgado, determinar a liberação do valor para o ofendido¹³⁶².

Infelizmente, conquanto o legislador da Reforma Tópica tratada na Lei 12.403, de 2011, tenha procurado revitalizar e conferir nova função ao instituto da fiança, caso não seja feita a devida interpretação sistêmica, o paradoxo não terá sido resolvido e, pior, a nova disciplina terá incluído restrições quanto à sua aplicação, na medida em que essa medida só seria admissível, em qualquer situação “... para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.” (art. 319, VIII, do CPP).

Se assim for, inadvertidamente, não será admissível a fiança para o fim de reforçar o cumprimento de outra medida cautelar diversa da prisão ou, de forma genérica, para garantir o cumprimento das obrigações processuais do acusado. Falha imperdoável que reduziria, e muito, a grande serventia que a fiança deve ter em nosso sistema.

A iniciativa teve o mérito, todavia, de ressaltar a sua natureza de medida cautelar de espécie diversa da prisão, ao incluir a fiança no rol do art. 319 do CPP. Dessa forma, não resta a menor dúvida de que é aplicável à fiança tudo o que foi dito em relação às medidas cautelares diversas da prisão, mas, mesmo assim, o legislador, a fim de não conferir azo a divergências, deixou claro, no § 4º do art. 319 do CPP, que “A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.”

6.3.1.9.1. Conceito e espécies de fiança

A fiança, que pode ser feita em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou em hipoteca em primeiro lugar, é a garantia prestada pelo agente a quem imputada a prática do crime ou por alguém em seu nome de que cumprirá as suas obrigações em relação ao processo, cabível, como regra geral, em todo e qualquer crime para o qual seja prevista pena privativa de liberdade. Mas não é só. Como a condenação e o não comparecimento para o cumprimento da pena imposta acarretam, respectivamente, a perda parcial e total da fiança, tem-se que com essa medida o agente garante que não pode ser considerado culpado e, ainda, que se compromete a se recolher à prisão, caso seja aplicada a pena privativa de liberdade¹³⁶³.

Assim, pode-se definir a fiança como a garantia em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou em hipoteca em primeiro lugar dada pelo acusado de que cumprirá as obrigações referentes ao processo, não será considerado culpado e que, na eventualidade de ser condenado, se apresentará para cumprir a pena de prisão. Na parte em que serve para garantir que cumprirá a pena de prisão, a fiança serve para assegurar a eficácia de sentença penal, ou melhor, garantir a aplicação da lei penal.

A sua natureza jurídica, por conseguinte, é de cautelar criminal diversa da prisão, cabível, naturalmente, como só ocorre com as demais medidas pessoais aqui estudadas, quando, isolada ou cumulativamente, for adequada e suficiente (art. 282, I, II, § 6º, c/c o art. 310, II, última parte, todos do CPP)¹³⁶⁴.

Concordamos com o entendimento de que há duas espécies de fiança, uma *autônoma ou originária e outra substitutiva*¹³⁶⁵. Nos termos do que sustentamos acima, a medida cautelar diversa da prisão, a despeito das circunstâncias, em regra, é sempre autônoma¹³⁶⁶. Importa lembrar que as modificações pontuais operadas no Código de Processo Penal ao longo do tempo, eliminaram a fiança substitutiva da prisão, prevista no sentido de que, em determinados casos, não fosse a sua

¹³⁶² Cf. item 5.1.9.8.1, supra.

¹³⁶³ Cf. item 6.3.1.9.7, que trata dos casos de perda da fiança.

¹³⁶⁴ A ressalva que se pode fazer é, apenas, em relação à incidência da monitoração eletrônica, como instrumento eficiente e adequado para fiscalizar o cumprimento de prisão temporária ou preventiva em que o recolhimento do agente ocorre em seu próprio domicílio. Cf. item 6.2.5.2, supra.

¹³⁶⁵ Andrey Borges de Mendonça defende que a fiança pode ser de duas espécies, ou seja, medida cautelar originária ou substitutiva da prisão, como contracautela (**Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011, p. 27).

¹³⁶⁶ Cf. item 6.3, supra.

admissibilidade, o agente teria de permanecer na ou ter decretada a sua prisão¹³⁶⁷.

Esse tipo de fiança era especialmente utilizado para os casos de detenção/prisão em flagrante em que, de regra, salvo em se tratando de crime afiançável, o agente respondia o processo encarcerado, mesmo não havendo nenhum motivo para a decretação da prisão preventiva. Como já foi aqui salientado, o cenário jurídico sofreu alteração substancial com a inclusão de um parágrafo único no então art. 310 do CPP por obra da Lei nº 6.416, de 1977, de modo que, desde então, independentemente de o crime ser afiançável, ou não, em caso de detenção/prisão em flagrante, não havendo motivo para a decretação da prisão preventiva, deve o juiz conceder a liberdade provisória.

Porém, para manter coerência sistêmica e materializar a intenção do constituinte em definir como inafiançáveis os crimes por ele considerados os mais graves previstos em nosso ordenamento jurídico, a fiança substitutiva da prisão processual foi reintroduzida com a Lei nº 12.403, de 2011. A fiança substitutiva da prisão preventiva foi restabelecida mediante a redação do art. 310, III, do CPP (redação determinada pela Lei nº 12.403, de 2011), com o perfil adaptado ao sistema processual democrático, que tem como esteio o primado da liberdade. O que a norma em destaque está a indicar é que, sendo afiançável o crime, mesmo tendo o juiz chegado à conclusão de que a hipótese seria de conversão do flagrante delito em prisão processual, poderá ser concedida a liberdade provisória, desde que seja prestada a fiança. A circunstância de o crime ser afiançável, portanto, menos grave do que os mencionados pelo constituinte e considerados inafiançáveis, dará a possibilidade de o juiz assumir maiores *riscos* na concessão da liberdade provisória, desde que o faça, a despeito da imposição de outras medidas cautelares diversas, aí incluída a monitoração eletrônica e o recolhimento domiciliar noturno, mediante a exigência do pagamento de fiança.

Apenas a interpretação literal do dispositivo em foco conduz ao entendimento de que o juiz pode, singelamente, quando se trata de crime afiançável, condicionar a soltura ao prévio pagamento de quantia em dinheiro, a título de fiança. Se assim for, os crimes inafiançáveis, que são exatamente aqueles considerados mais graves, terão tratamento mais benéfico do que os afiançáveis, que são menos graves.

Ora, a prisão preventiva, assim como é toda cautelar pessoal, ainda que na forma de *conversão* da detenção/prisão em flagrante, do art. 310, III, do CPP, a par da existência dos requisitos e de um dos fundamentos, só pode ser imposta caso não seja adequada e suficiente uma das medidas diversas. Portanto, se o crime é afiançável, ou não, se se chegar à conclusão quanto à necessidade de decretação de medida cautelar, o juiz só poderá converter em prisão preventiva, caso nenhuma medida cautelar diversa seja adequada e suficiente.

Assim, temos as seguintes conclusões: (a) primeiro, inexistindo nenhum dos fundamentos para a medida cautelar, não há a menor razão de ser de impor a fiança, ainda que na hipótese do art. 310, III, do CPP; (b) segundo, existente um dos fundamentos para a cautelar criminal, porém, sendo suficiente e adequada qualquer uma das medidas diversas, o juiz não deve decretar a prisão preventiva ou temporária; (c) terceiro, existindo um dos fundamentos para a decretação de cautelar criminal, no caso de conclusão pela prisão, sendo o crime afiançável, o juiz pode, se achar suficiente, substituí-la pela fiança, geralmente cumulada com outras medidas detentivas, como, por exemplo, o recolhimento domiciliar noturno e a monitoração eletrônica.

Portanto, para a aplicação do art. 310, III, do CPP, com alguma coerência sistêmica, há de entender-se que a fiança como condição prévia para o gozo do direito de liberdade seria para os casos em que, tendo havido a conclusão quanto a ser a prisão preventiva a medida mais adequada, pelo fato de o crime ser afiançável, admitir-se a sua substituição, mediante a prévia prestação de garantia de que todas as condições estabelecidas pelo juiz serão regidamente cumpridas.

Esse pensar não se atrita com o art. 324, IV, do Código de Processo Penal, que torna defesa, assim como era na disciplina anterior, a concessão de fiança, “quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.” A regra em destaque tem seu raio de ação

¹³⁶⁷ Cf. itens 6.2.3 e 6.2.4.1.5.2, supra.

circunscrito à fiança autônoma ou originária, tratada no art. 319, VIII, do CPP, não àquela substitutiva da prisão, de que cuida o art. 310, III, do CPP.

A tese aqui defendida — e já esposada¹³⁶⁸ — é de que a liberdade provisória condicionada a fiança tem como pressuposto lógico a situação em que, no exame do auto de detenção/prisão em flagrante, chega-se à conclusão de que há fundamento para a decretação de cautelar (art. 282, I, do CPP), sendo a medida mais adequada a prisão (art. 282, II, do CPP), todavia, como se trata de crime afiançável, que é menos grave do que os inafiançáveis, o legislador concebe uma outra alternativa para que se evite a prisão, com suporte na exigência de garantia econômico-financeira, geralmente cumulada com outras medidas, dentre as quais se mostram sempre pertinentes o recolhimento domiciliar e a monitoração eletrônica.

6.3.1.9.2. Hipóteses para a decretação da fiança

Sendo duas as espécies de fiança, originária ou substitutiva, temos hipóteses distintas para a decretação da fiança. A fiança substitutiva, conforme a interpretação aqui emprestada ao art. 310, III, do CPP, é cabível quando, ocorrida a detenção/prisão em flagrante, há a conclusão de que a prisão preventiva é a cautelar adequada e suficiente, porém, em virtude de o crime ser afiançável, o juiz pode conceder o direito à liberdade provisória, condicionado ao prévio pagamento da fiança e ao cumprimento de outras medidas cautelares, notadamente o recolhimento domiciliar no período noturno. Aqui, como se trata de excepcionalidade, e deve o juiz se cercar de maiores cuidados para evitar que, solto, o agente fuja do distrito da culpa, prejudique o andamento do processo ou pratique outras infrações, o juiz está livre para impor as condições que achar pertinentes, assim como cumular com as demais medidas diversas que forem recomendáveis. Não parece desarrazoado que, em casos que tais, a monitoração eletrônica, quando possível, seja imposta como condição prévia para o gozo do direito de liberdade.

A fiança originária ou autônoma, tratada no art. 319, VIII, do CPP, requer como fundamentação a demonstração de que a fiança se mostra necessária *para* (a) *assegurar o comparecimento a atos do processo*; (b) *evitar a obstrução do seu andamento* ou (c) *devido a resistência injustificada à ordem judicial*.

Centrando atenção maior na fiança originária ou autônoma, já que a outra espécie já foi aqui tratada, verifique-se que, conforme a análise das espécies de medidas cautelares diversas da prisão, feita linhas atrás, nenhuma delas consiste em impor o *comparecimento a atos do processo*. O tipo de medida cautelar diversa que mais se aproxima dessa hipótese é a do *comparecimento periódico em juízo*. Mas veja que não se trata de medida que impõe, propriamente, o *comparecimento a atos do processo*, mas, sim, o *comparecimento em juízo*, que é coisa substancialmente diversa. Se o juiz quer determinar ao acusado que ele compareça aos mais diversos atos do processo, deve fazê-lo por meio da aplicação da própria fiança.

Quando o comparecimento aos atos do processo pelo acusado se revela tão importante a ponto de o juiz decretar a fiança para forçá-lo a estar presente? Certamente que não é válido invocar a imprescindibilidade do interrogatório do agente ou a produção de qualquer tipo de prova. O princípio do direito ao silêncio torna defesa medida tendente a impor ao agente a produção, à força, de prova contra si. Qual o ato processual que, sem o comparecimento do acusado, fica frustrada a sua realização? Nenhum. Inclusive, a parte da Reforma Tópica de 2008 eliminou a obrigatoriedade da presença do acusado como condição para a realização da sessão de julgamento pelo júri. Agregue-se que, conforme o entendimento aqui expandido, independentemente do tipo de procedimento, o interrogatório do acusado, que consiste no direito de audiência ou de se explicar perante o juiz responsável pelo seu julgamento, é *facultativo*, não podendo ele ser obrigado a tanto¹³⁶⁹.

¹³⁶⁸ Cf. itens 6.2.4.1.5.3 e 6.2.4.1.5.4, supra.

¹³⁶⁹ Cf. item 5.1.5.9, supra.

Sob a batuta de um sistema criminal democrático, a imposição da fiança para forçar o comparecimento aos atos do processo só se tal medida for estabelecida no intuito de a participação efetiva do acusado sirva como forma de (re) educação.

A segunda hipótese de admissibilidade da fiança é para evitar a obstrução do seu andamento. Nesse caso, sim, a fiança deve ser cumulada com as medidas cautelares de *proibição de ausentar-se da comarca* e/ou de *manter contato* com o ofendido ou a testemunha. Aqui, a fiança pode ser colocada, ao lado das demais, como medida a força o cumprimento do que foi determinado pelo juiz, por meio de outra cautelar.

A terceira e última hipótese de imposição da fiança é em caso de *resistência injustificada à ordem judicial*. O arbitramento da fiança não é para o fim de assegurar o *cumprimento* de ordem judicial, que seria o mais adequado. É preciso que a ordem seja dada e, posteriormente, em razão de o agente resistir, injustificadamente, ao seu cumprimento, o juiz impor a fiança, no desiderato de forçá-lo a dar atenção à ordem judicial. A ordem judicial, é certo, pode ser aquela que há de ser cumprida devido à decretação de uma ou mais medidas cautelares. Portanto, a fiança pode ser imposta com a finalidade de que outras medidas cautelares sejam cumpridas.

6.3.1.9.3. Inadmissibilidade da fiança

A intenção do legislador da segunda etapa da Reforma Tópica era ampliar, ao máximo, as hipóteses de admissibilidade da fiança, pois, para todos os efeitos, qualquer que seja o crime, independentemente de ser classificado como hediondo ou a ele equiparada ou como inafiançável, o recolhimento à prisão como medida cautelar só há de ocorrer se, ademais dos requisitos, estiver presente um dos fundamentos estampados no art. 282, II, do CPP. Em que pese tenha aumentado, e muito, as hipóteses de crimes afiançáveis, o legislador, apenas em parte, logrou êxito em sua pretensão. Isso porque se sentiu tolhido em levar a efeito a sua ideia, devido à circunstância de a própria Constituição de 1988 ter definido como inafiançáveis alguns crimes nela considerados da mais alta gravidade. Diante disso, seguindo a diretriz constitucional, o legislador deixou consignado no art. 323, incisos I, II e III, do CPP, que não se admite a fiança nos crimes de: (a) racismo; (b) tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como hediondos; (c) cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Aqui três críticas procedem. A Constituição de 1988, quando veda a fiança em relação aos crimes que foram repetidos nos incisos I, II e III do Código de Processo Penal, assim procedeu tendo como norte a orientação originária de nosso sistema em que a fiança era prevista como medida substitutiva da prisão preventiva.

Relembre-se de que quando falamos de como era o sistema prisional na versão originária do Código de Processo Penal, dissemos que a regra era de que o acusado respondia o processo recolhido à prisão, regra que não se aplicava, notadamente no caso de flagrante delito, quando o crime era qualificado como afiançável. A circunstância de o crime ser afiançável, portanto, era de vital importância, porque isso, na maioria dos casos, era determinante para definir se o agente iria, ou não, responder o processo em liberdade. A fiança era, assim, medida substitutiva da prisão preventiva. Essa foi a razão de a Constituição de 1988 ter tido a preocupação em eleger os crimes considerados mais graves, a fim de dizer que, quanto a eles, não seria admissível a fiança, querendo, com isso, conferir-lhes tratamento mais rigoroso. Em outras palavras, a verdadeira *mens legis* do constituinte foi não aceitar em nosso sistema jurídico, quanto aos crimes nela mencionados, a previsão da fiança como medida substitutiva da prisão.

Portanto, sendo o caso de decretação da prisão preventiva, estando o crime no rol da Constituição, não se admite a fiança como medida substitutiva. Acontece que, conforme a redação em vigor do CPP quando foi aprovada a Constituição de 1988, não havia mais nenhuma hipótese

em que a fiança fosse admitida para substituir a prisão preventiva¹³⁷⁰. Ela era prevista apenas para quando não fosse caso de motivo para a prisão preventiva. Por isso mesmo, a fiança perdeu a sua razão de ser, especialmente nos casos de flagrante delito. Ora, se o autor de crime inafiançável — portanto, mais grave —, tinha o direito de liberdade independentemente do pagamento de fiança, bastando que não houvesse motivo para a decretação da prisão, o mesmo, por imposição de ordem lógica, teria de ser reconhecido a quem pratica crime afiançável — portanto, menos grave —, não sendo coerente que se exigisse deste, a fim de obter a soltura, o prévio pagamento da fiança.

Sendo esta a razão de ser da vedação da fiança para os crimes elencados na Constituição, tem-se que não haveria óbice para que o legislador tivesse previsto a fiança para os delitos em destaque, desde que o fizesse, apenas, como medida originária ou autônoma, ou seja, para aqueles casos em que não houvesse motivo para a decretação da prisão. Aliás, essa teria sido a melhor estratégia legislativa, pois a fiança teria campo de aplicação mais amplo, servindo para garantir pelo menos parte da indenização do ofendido, e o sistema ficaria mais lógico. Isso porque exatamente em crimes graves como de racismo, tortura e homicídio, ao lado de outros financeiros, como de lavagem de dinheiro, a fiança na qualidade de medida autônoma serviria para reforçar a garantia de o agente cumprir com as obrigações impostas pelo juiz a título de condição para que responda o processo em liberdade e, por outro lado, de fonte de recurso para a indenização líquida fixada na eventual sentença condenatória.

Não tendo sido essa a escolha do legislador, a única forma de conferir alguma razão de ser para o art. 310, III, do CPP e, de outro lado, conferir algum tratamento diferenciado aos crimes afiançáveis, que são menos graves, é construir linha interpretativa de que houve o restabelecimento da fiança substitutiva da prisão apenas para os crimes afiançáveis. Ou seja, mesmo quando o juiz, ao apreciar auto de flagrante delito, entender que a medida mais adequada é a prisão, diante do fato de o crime ser afiançável, poderá estabelecer a fiança como medida substitutiva, cumulada, ou não, com outra diversa da prisão¹³⁷¹.

A segunda crítica é de que a assimetria de tratamento entre crimes mais e menos graves, em razão de ter-se dado a preferência em vedar a fiança para os crimes mais graves não está resolvida, de todo. Dizer que a fiança autônoma ou originária não é cabível para determinados crimes só tem um único e efetivo efeito que é o de restringir os tipos de medidas cautelares cabíveis para determinados crimes. Desse modo, em um caso hipotético, sendo crime afiançável, o juiz pode fixar como cautelar alternativa a proibição de manter contato com determinada pessoa, o recolhimento domiciliar no período noturno e, ainda, a fiança, enquanto, sendo inafiançável, por conseguinte, infração mais grave, apenas as duas primeiras medidas.

A terceira é que, mercê de legislação especial, no pressuposto de conferir tratamento mais grave a determinadas matérias, há outros crimes que, por iniciativa infraconstitucional, também são inafiançáveis, aos quais também finda sendo dado o privilégio ao agente que o prática de não ter a possibilidade de ser obrigado a pagar fiança como medida autônoma ou originária. Ainda que não seja da melhor técnica, diante da escolha feita pelo legislador, o melhor seria estabelecer uma regra geral, fundada no princípio da igualdade, esclarecendo que a fiança do art. 319, VIII, do CPP, teria aplicação em qualquer que fosse a infração ou, então, que a única exceção admissível seria aquela plasmada no texto constitucional.

De outra banda, além dos crimes para os quais é vedada a fiança, o legislador, nos incisos do art. 324 do CPP, definiu algumas circunstâncias como causas impeditivas para a admissibilidade da fiança, quais sejam: (a) aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; (b) em caso de prisão civil ou militar; (c) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

¹³⁷⁰ A bem da verdade, existiam duas situações em que a fiança substituíria a prisão, que eram nos casos de sentença condenatória ainda passível de recurso e de decisão de pronúncia, quando o agente era considerado reincidente ou de maus antecedentes.

¹³⁷¹ Cf. itens 6.2.4.1.5.4 e 6.3.1.9.1, supra.

Todas as hipóteses em que a fiança é considerada quebrada serão examinadas a seguir, cabendo, por ora, assentar que, concedida a fiança, por imposição dos arts. 327 e 328 do CPP, ficará o agente com as seguintes obrigações processuais: (a) comparecer perante a autoridade, seja no inquérito ou no processo, todas as vezes que for intimado; (b) não mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante; e (c) não se ausentar, por mais de 8 (oito) dias, de sua residência, sem a comunicação ao juiz do local onde poderá ser encontrado. Se o agente deixar de cumprir uma dessas obrigações, além de representar situação que acarreta o quebramento da fiança, impede que, no mesmo processo, seja reconhecido outro direito a essa medida.

A inadmissibilidade da fiança quando se trata de prisão civil ou militar não deveria, sequer, estar incluída no rol do art. 324, pelo simples fato de se tratar de matéria estranha ao Código de Processo Penal, que não deve ser por este tratada. De qualquer modo, talvez tenha sido melhor deixar a questão bem esclarecida, a fim de evitar a pretensão de aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Penal ao Código de Processo Civil ou ao Código de Processo Penal Militar.

A última hipótese de inadmissibilidade da fiança, estampada no inciso IV do art. 324 do CPP, é quando presentes os motivos para a imposição da prisão preventiva ou temporária. O que essa norma esclarece é que a fiança não pode ser utilizada como *contracautela* à prisão preventiva ou temporária entendida como pertinente para o caso. Por outro lado, evita que se queira, de forma canhestra, entender ser possível exigir a fiança, mesmo quando o acusado for recolhido à prisão, como uma forma de garantir que ele não irá fugir ou deixar de cumprir com as obrigações que lhe sejam impostas.

Ressalte-se, apenas, que, tendo em conta a tese aqui sustentada, essa regra só tem aplicação no caso de fiança autônoma ou originária, pois, quando se trata do art. 310, III, do CPP, a fiança pode ser utilizada como medida alternativa substitutiva da prisão processual¹³⁷².

6.3.1.9.4. Competência para a concessão da fiança

A Lei nº 12.403, de 2011, igualmente, não foi feliz ao estabelecer os legitimados para fixar e conceder a fiança. Seguindo a ideia anterior, o legislador infraconstitucional achou por bem manter a sistemática de admitir que a autoridade policial, ao lado do juiz, detenha competência para fixar e conceder fiança. Na sistemática anterior, a autoridade policial era competente quando se tratava de crime punido com pena de detenção, enquanto o juiz nos casos em que era de reclusão.

Com a mudança do paradigma do tipo da pena para a quantidade da pena, houve a intenção de manter essa sistemática. Dessa forma, em se tratando de crime punido com pena inferior a 4 (quatro), a autoridade policial, enquanto superior, o magistrado.

Acontece que a autoridade policial só possui competência para fixar e conceder fiança quando se trata de detenção/prisão em flagrante de crime cuja pena seja inferior a 4 (quatro) anos, ou seja, em caso no qual, de regra, conforme o art. 313, I, do CPP, não cabe a conversão em prisão preventiva. Mesmo assim, a Lei nº 13.641, de 2018, estabeleceu que, quando se tratar do crime de descumprimento de decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência, previsto no art. 24-A da Lei Maria da Penha, conquanto a pena máxima seja igual a 2 (dois) anos, diante da gravidade da situação, só o juiz pode conceder a fiança. Desse modo, essa exigência do pagamento de fiança feita pela autoridade policial é em hipótese na qual o agente, devido à menor gravidade do crime, deve responder ao processo em liberdade, pois não é cabível, em regra, a prisão preventiva.

Se o agente não quiser pagar a fiança arbitrada pela autoridade policial, quando o auto de flagrante for submetido ao juiz, este irá conceder a liberdade provisória, independentemente do pagamento de fiança, pois, salvo raríssima situação, não poderá decretar a prisão¹³⁷³. Qual a razão, então, de ser prevista a fiança sob a responsabilidade da autoridade policial? A única justificativa para essa previsão normativa é a maior celeridade em se conceder a liberdade provisória. Isso

¹³⁷² Cf. item 6.2.4.1.5.4, supra.

¹³⁷³ Cf. item 6.2.4.1.5.4, supra.

porque, não fosse a possibilidade de arbitramento da fiança pela autoridade policial, o agente teria de esperar a conclusão do auto de prisão em flagrante, cujo prazo é de 24 horas e, ainda, a decisão do juiz, na audiência de apresentação, a qual, na prática, só é realizada no prazo de 48 horas¹³⁷⁴.

Em outras palavras, independentemente da situação, ainda quando, pelos elementos probatórios angariados no auto de flagrante delito, seja constatado que o ilícito foi praticado com suporte em uma excludente de criminalidade, a autoridade policial não pode conceder a liberdade provisória¹³⁷⁵. A autoridade policial só tem competência para assim proceder quando, sendo afiançável a infração, houver a devida prestação da garantia, exceto em crime em que o agente se livra solto ou da alçada do juizado especial, neste último caso sendo bastante a palavra do autor do fato no sentido de que comparecerá a todos os atos do processo.

A decisão quanto ao pedido de arbitramento de fiança, seja a competência da autoridade policial ou do magistrado, é de 48 horas (art. 322, parágrafo único, e 335, última parte, do CPP). Muito embora haja uma tendência moderna na fixação dos prazos em dias, em matéria processual penal, quando é caso de decisão sobre detenção/prisão em flagrante, o mais certo é que os lapsos temporais sejam estimados em horas, diante da urgência requerida para a devida apreciação do caso.

O que parece sem sentido é a ressalva do art. 335 do CPP quanto à competência subsidiária do juiz para apreciar o pedido em crime cuja pena máxima não é superior a 4 (quatro) anos, nas hipóteses em que a autoridade policial se recusa ou retarda a concessão da fiança. Ora, como dissemos, quando a pena da infração é inferior a 4 (quatro) anos, só há sentido alguém pagar a fiança como condição para ter reconhecido o direito à liberdade provisória, na hipótese em que é do seu interesse que a sua soltura se dê de forma rápida, antes da conclusão do auto de flagrante delito

Se a autoridade policial não concedeu a fiança ou retardou, sendo necessário que o agente peça ao juiz o reconhecimento de seu direito à liberdade, é mais do que óbvio que este deverá deferir a pretensão, sem condicionar a soltura ao pagamento de fiança, salvo se a situação estiver enquadrada em uma das hipóteses do art. 313, II, III, IV e parágrafo único, do Código de Processo Penal. Ademais, se o assunto é submetido ao crivo do juiz, não há mais razão de se condicionar a soltura ao prévio pagamento da fiança, pois, diferentemente da autoridade policial, o magistrado pode conceder a liberdade provisória independentemente de fiança.

Se dessa forma não for, teremos a situação absurda de que, quando a pena da infração for inferior a 4 (quatro) anos, sempre e sempre, o agente, para obter o direito à liberdade, mesmo não havendo motivo para a decretação da prisão processual, terá de pagar a fiança.

6.3.1.9.5. Critérios para fixação do valor da fiança

Na linha adotada de revitalização da fiança, conquanto tenha sido mantida a orientação de estabelecer os parâmetros para a sua fixação, houve a preocupação em possibilitar que a quantia estabelecida se ajuste, tanto quanto possível, à situação concreta submetida em análise, no desiderato de que essa medida seja eficiente instrumento de política criminal alternativa à prisão, ademais de atender o ideário da justiça restaurativa, quanto ao atendimento de outros interesses do ofendido, dentre eles o ressarcimento dos danos materiais e morais que este sofreu com a ação ilícita.

Dois foram os critérios adotados, a serem observados em duas fases distintas, para guiar a fixação do valor da fiança, a saber: (a) quantidade da pena; (b) situação econômica do acusado. Na primeira fase, dependendo da pena prevista para o crime, é fixado o número de salários mínimos a que corresponde o valor, nos seguintes termos: (a) pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, de 1

¹³⁷⁴ Cf. item 6.2.4.1.5 e 6.2.4.1.5.1, supra.

¹³⁷⁵ Note-se que a parte inicial do parágrafo único do art. 310 do CPP, que trata da liberdade provisória quando se verificar que o crime foi praticado em uma das condições dos incisos I a III do caput do art. 23 do Código Penal, diz que essa decisão é da alçada do juiz.

a 100 salários mínimos; (b) pena superior a 4 (quatro) anos, de 10 a 200 salários mínimos. Exaurida essa primeira fase, o juiz deve atentar para a situação econômica do acusado, sendo possível, com base nesse critério, (a) confirmar o valor estipulado; (b) dispensar o pagamento; (c) reduzir o valor até de 2/3; ou (d) aumentar em até 1.000 vezes.

Pode-se dizer que a diferença para o tratamento anterior foi substancial, a partir da mudança do indexador, que agora passou a ser o salário mínimo, que é um critério mais seguro e estável, com variação periódica de um ano, a facilitar o cálculo¹³⁷⁶. De outro lado, podendo variar de 1 a 100 salários mínimos, no caso de infração com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e de 10 a 200 salários mínimos, nos crimes com pena superior, ou mesmo ser aumentada em até 1.000 vezes, o valor da fiança pode ser fixado em montante sobremaneira significativo, de modo que, por mais rico que seja o agente, ainda assim, a garantia estabelecida será expressiva.

Outro detalhe é que, nada obstante o valor fixado na primeira fase, a autoridade policial ou o juiz, conforme seja, poderá ir de um extremo a outro, ou seja, dispensar o pagamento ou aumentar o valor em até 1.000 vezes. É verdade que na regência anterior também havia a possibilidade de variação conforme as condições econômicas do agente, porém, era em patamares bastante inferiores¹³⁷⁷.

Inadvertidamente, não foi promovida, com a segunda etapa da Reforma Tópica, a alteração do art. 326 do CPP, que preceitua os critérios para a fixação do valor da fiança. Isso porque, consoante o dispositivo em destaque, na fixação da fiança, deve-se considerar: (a) a natureza da infração; (b) as condições pessoais do *acusado*¹³⁷⁸; (c) as circunstâncias indicativas de sua periculosidade; (d) a importância provável das custas do processo, até final julgamento. Ora, se a Reforma Tópica tem em mira adaptar o nosso sistema processual penal aos postulados da justiça restaurativa, um critério preponderante para a fixação do valor da fiança tem de ser, naturalmente, os danos materiais e morais ocasionados ao ofendido.

Aliás, perdeu-se grande oportunidade de adequar o enunciado do art. 326 com o do art. 336 do CPP, uma vez que este, corretamente, já salientava que a garantia prestada com a fiança servirá, no caso de condenação, para o *pagamento das custas*, da *indenização do dano* e da *quitação da multa*¹³⁷⁹. O legislador se contentou em acrescentar, ao rol das prioridades a serem atendidas com o valor da fiança, no caso de condenação, o pagamento da *prestação pecuniária* que vier ser aplicada, como pena alternativa.

Portanto, a leitura sistêmica do Código de Processo Penal, forte no princípio da justiça restaurativa, preceito orientador da Reforma Tópica¹³⁸⁰, leva à conclusão de que o juiz deve ter em consideração, na fixação do valor da fiança, mais do que qualquer outro aspecto, os danos materiais e morais sofridos pelo ofendido, a fim de dar eficácia à sentença condenatória, na parte em que fixa o valor mínimo para o ressarcimento dos prejuízos¹³⁸¹.

O valor fixado, consoante o art. 340 do CPP, pode ser reforçado, quando: (a) a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente; (b) houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas; (c) for inovada a classificação do delito.

Embora pela dicção normativa do art. 340 do CPP o valor fixado só possa ser revisto nas hipóteses nele estipuladas, em compasso com o princípio da justiça restaurativa, as partes, tanto o

¹³⁷⁶ O indexador era o salário mínimo de referência, que foi extinto pela Lei nº 7.789, de 1989, passando, depois, a ser o Bônus do Tesouro Nacional — BTN e, depois, a Taxa de Referência — TR. O cálculo tinha certa complexidade, pois devia ser considerado o valor do último BTN, de 20 de janeiro de 1991, para daí aplicar a TR do mês anterior, atualizada em Real.

¹³⁷⁷ O aumento possível era, no máximo, até o décuplo, sobre uma base de cálculo bem inferior, correspondente a, no máximo, 100 salários mínimos de referência, que foi, como vimos, depois, substituído por outros indexadores.

¹³⁷⁸ A expressão deveria ser agente ou infrator, pois pode ser fixada pelo delegado de polícia ou, então, pelo juiz na apreciação de auto de flagrante delito, quando não há, ainda, tecnicamente, de falar-se em acusado.

¹³⁷⁹ A questão referente ao destino da fiança, no caso de condenação, está examinada com mais vagar no item 6.3.1.9.8, infra.

¹³⁸⁰ Cf. item 3.2.2.6, supra.

¹³⁸¹ Cf. item 5.1.9.8.1, supra.

Ministério Público e o acusado, quanto o ofendido, na qualidade de assistente, podem questionar o valor fixado. O acusado pode não concordar com o valor, especialmente por entender que ficou acima de sua capacidade econômica, assim como é possível que o ofendido acredite que não reflete quantia razoável tendo como parâmetro os danos ocasionados. Se o assistente, com a segunda etapa da Reforma Tópica, passou a deter capacidade postulatória para solicitar a aplicação de qualquer medida cautelar, incluída, aí, a fiança, não há dúvidas de que lhe é outorgado, igualmente, apresentar a sua discordância quanto ao eventual valor fixado.

6.3.1.9.6. Quebra da fiança e consequência

Com a imposição da fiança, o agente assume obrigações em relação ao inquérito ou ao processo, cujo descumprimento acarreta o que se convencionou chamar de *quebra da fiança*¹³⁸², sendo uma das consequências, a perda de parte ou de todo o valor.

No art. 341 do CPP, o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica pretendeu enumerar as hipóteses de quebra da fiança. Acontece que os arts. 327 e 328 do CPP também albergam circunstâncias que acarretam o quebramento¹³⁸³. Assim, na leitura conjunta dos três dispositivos, tem-se que as hipóteses de quebra da fiança são: (a) deixar de comparecer, sem motivo justo, a ato do inquérito ou do processo; (b) obstruir o andamento do processo; (c) descumprir outra medida cautelar diversa da prisão imposta cumulativamente; (d) resistir injustificadamente a ordem judicial; (e) praticar nova infração dolosa; (f) mudar de residência sem prévia permissão; e (g) ausentar-se, por mais de 8 (oito) dias da residência, sem prévia comunicação quanto ao local no qual pode ser encontrado.

O quebramento da fiança, ainda que a medida tenha sido determinada pela autoridade policial, só poderá ser objeto de decisão da alçada do juiz do processo, isso mesmo, em razão da cláusula do contraditório, após a prévia oitiva do agente e do Ministério Público. Resta claro que há de ser dada a oportunidade para que o agente se explique para, então, ser tomada a decisão, até porque pode haver justificativa para o descumprimento da obrigação. Mesmo no caso em que o motivo apontado para a quebra seja o fato da prática de nova infração dolosa, deve ser conferida a oportunidade para a manifestação do agente.

Note-se que a primeira parte do art. 342 do CPP, ainda que de forma implícita, trata desse contraditório, ao fazer menção ao *quebramento injustificado*. Se o juiz, para decidir pela revogação da fiança tem de considerar o quebramento *injustificado*, é porque, antes, o beneficiário da medida precisa ser ouvido a respeito.

Por outro lado, a decisão pela quebra da fiança, em si, não tem como consequência inexorável a decretação da prisão cautelar. Conforme a regra geral do art. 282, § 4º, do CPP, no caso de descumprimento de qualquer espécie de medida cautelar diversa, o juiz "... poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva." Nesse caso, naturalmente, deve-se obedecer ao princípio da subsidiariedade da prisão processual, que está insculpida, ainda, no art. 282, § 6º, do CPP¹³⁸⁴. Mas, de qualquer forma, para não deixar nenhuma dúvida a respeito, o legislador cuidou de ressaltar que, ao decidir pelo quebramento injustificado da fiança, o juiz deverá, na mesma oportunidade, dispor "... sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva." (art. 343 do CPP).

A quebra da fiança tem como consequência, além da sua substituição por outra medida cautelar diversa ou, até mesmo, quando for o caso, pela prisão processual, a perda de metade do valor (art. 343 do CPP), ainda que, no final, o agente venha a ser absolvido. A quebra é a sanção pelo descumprimento de obrigação processual assumida com a fiança, não tendo nenhuma relação direta com a circunstância de o acusado ser, ou não, considerado culpado.

¹³⁸² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*, p. 603

¹³⁸³ Aparentemente, a hipótese contemplada no art. 327 está tratada no art. 341, I, do CPP, porém, neste não se fala na falta de comparecimento a ato do inquérito policial.

¹³⁸⁴ Cf. item 6.1.5, supra.

6.3.1.9.7. Perda da fiança e consequência

Ao contrário da quebra, a perda se dá quando o acusado, nada obstante tenha cumprido todas as obrigações que lhe foram impostas, ao final do processo, é considerado culpado, hipótese na qual corresponderá à parte do valor da fiança necessária para o pagamento das custas, da indenização ao ofendido, da prestação pecuniária (se for o caso) e da multa, salvo se, após o trânsito em julgado, não se apresentar para o cumprimento da pena, quando será equivalente ao total.

É como se a fiança fosse, igualmente, uma garantia que o acusado dá de que não será considerado culpado, e não apenas de que cumprirá as obrigações processuais às quais ficou sujeito. Por isso, mesmo tendo adimplido todas as exigências estabelecidas, se for condenado, perderá a quantia objeto da fiança que sirva para pagar as custas, os danos, a pena pecuniária e a multa aplicada com a sentença. A perda da fiança com a condenação, em princípio, é apenas parcial, ou seja, apenas do valor correspondente à quitação das custas, da indenização, da prestação pecuniária e da multa, de modo que o que sobejar deve ser devolvido ao agente. Pode ser, é claro, que o valor da fiança não seja suficiente, sequer, para quitar todos esses encargos, hipótese em que, para todos os efeitos, a perda, apenas em razão da condenação, já será em sua totalidade.

A perda da totalidade do valor da fiança ocorrerá — independentemente do que for devido a título de pagamento das custas, da indenização, da prestação pecuniária e da multa —, como sanção pela circunstância de o agente não se apresentar para cumprir eventual pena que vier a ser aplicada com a decisão definitiva. Como dissemos, nesse caso, a fiança cumpre o papel de *assegurar a aplicação da lei penal*, na medida em que procura garantir a efetividade da sentença condenatória¹³⁸⁵. Ao prestar a fiança, o agente assume o compromisso de, no caso de condenado definitivo, apresentar-se para cumprir a pena privativa de liberdade, cuja consequência para o descumprimento é a perda da totalidade do valor.

6.3.1.9.8. Destino da fiança

O destino da fiança, independentemente se a hipótese é de quebra ou perda, será sempre o mesmo. Conforme vimos, a quebra, que é o descumprimento de obrigação relativa ao processo, corresponde apenas à metade do valor da fiança. A perda, por sua vez, com a sentença condenatória transitada em julgado, é do valor correspondente ao pagamento das custas, da indenização do ofendido, da prestação pecuniária e da multa; com a não apresentação para o cumprimento da pena, de sua totalidade.

A leitura harmônica dos arts. 336, 344, 345 e 346 do Código de Processo Penal conduzem à conclusão de que o valor da fiança, em caso de quebra ou perda, deverá ser, em primeiro momento, utilizada para pagar as custas, a indenização do ofendido, a prestação pecuniária e a pena de multa. Em se tratando de quebra ou de perda total, o que sobrar depois de deduzidos os encargos mencionados, deve ser recolhido ao *fundo penitenciário*. Sendo caso de perda parcial, se, após abatida a quantia suficiente para o pagamento das custas, da indenização, da prestação pecuniária e da multa, restar algum valor, deverá ser devolvido ao condenado.

Como dissemos no item 5.1.9.8.1, supra, há uma ordem de preferência estabelecida no art. 336, caput, do CPP. Assim, de primeiro, deve ser realizado o pagamento referente às custas, o restante para a indenização dos danos e assim por diante. Se o valor da fiança for pequeno, quando muito, será suficiente para o pagamento das custas. Porém, como visto acima, o valor da fiança, a depender da situação econômica do acusado, pode ser fixado em patamar bastante elevado, hábil a satisfazer todos os fins da lei.

A mudança quanto à disciplina anterior é que, antes, ao invés de a sobra referente à quebra ou perda da fiança ser recolhida ao *fundo penitenciário*, tinha como destino o Tesouro Nacional, ou seja, os cofres da União, podendo, assim, ser utilizada para os mais diversos fins. Agora, como

¹³⁸⁵ Cf. item 6.3.1.9.1, supra.

o destino do restante do valor, se houver, é o fundo penitenciário, servirá de fonte de recursos para a melhoria do sistema penitenciário.

A contrário senso, se o agente cumpre todas as obrigações processuais e, no final, é absolvido, tem o direito à restituição da totalidade do valor pago a título de fiança, o mesmo ocorrendo quando, por qualquer motivo, a fiança for cassada ou declarada sem efeito (art. 337, 338 e 339 do CPP).

6.3.2. Detração penal em relação às medidas cautelares diversas da prisão

Tem-se discutido quanto à aplicação, ou não, da detração penal no caso de medidas alternativas à prisão. O legislador foi silente em relação à matéria, por entender que não haveria necessidade de dispor a respeito ou, então, por lapso. Certamente, não houve a intenção de alterar o instituto da detração penal que, conforme o art. 42 do Código Penal, corresponde ao cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Estreme de dúvidas que, pelo menos quanto a uma espécie de medida cautelar diversa, qual seja, a *internação provisória* (art. 319, VII, do CPP), deve ser feita a detração penal, por se enquadrar em uma das situações descritas no art. 42 do Código Penal. Portanto, havendo a internação provisória, aplicada medida de segurança com a decisão final, deve ser levado em consideração o tempo daquela, para fins do § 1º do art. 97 do Código Penal.

Não se pode pretender, porém, fazer a detração penal com a pena privativa de liberdade quando se dá o *recolhimento domiciliar* (art. 319, V, do CPP), pois, conforme asseverado, essa não é hipótese de medida cautelar detentiva, não se confundindo com a prisão domiciliar¹³⁸⁶. A diferença é substancial. De qualquer forma, como o recolhimento domiciliar durante a noite e feriados implica efetivamente em restrição do direito de liberdade, poder-se-ia utilizar em analogia a proporção de cada 3 (três) dias de recolhimento domiciliar corresponder, para fins de detração penal, a um dia de cumprimento de pena, mediante a aplicação subsidiária do art. 126, § 1º, II, da Lei de Execução Penal.

Acontece que Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem precedente unânime em sentido contrário, conforme se verifica do julgamento exarado no Habeas Corpus 830370, em 07 de maio de 2017, tendo o relator, Ministro Félix Fischer¹³⁸⁷, argumentado que “Não cabe a detração do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares pessoais alternativas, no caso ao recolhimento domiciliar noturno e à obrigação de comparecimento periódico em juízo que, por expressa previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado.”

Sem embargo do entendimento acima, parece de todo acertado, dependendo das circunstâncias, fazer-se a detração penal de *cautelar diversa da prisão com medida ou pena alternativa* eventualmente aplicada. Exemplo clássico envolve exatamente o recolhimento domiciliar. É plenamente razoável aplicar a detração penal em caso que, tendo cumprido medida cautelar de recolhimento domiciliar, no final do processo, o juiz impõe, como pena alternativa, a limitação de fim de semana (art. 48, caput e parágrafo único, do CP).

Note-se, inclusive, que nessa hipótese a medida cautelar é, até mesmo, mais severa do que a pena alternativa, pois nesta a limitação é apenas em relação aos finais de semana, enquanto naquela é durante os feriados e finais de semana, assim como, as noites dos dias úteis. A pena alternativa de *proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício* (art. 47, I e II, do CP) também é inteiramente compatível, para fins de detração penal, com a medida diversa da prisão de *suspensão do exercício de função pública ou privada* (art. 319, VI, do CPP).

Mesmo a detração penal entre cautelar diversa da prisão e medida ou pena alternativa não

¹³⁸⁶ Cf. itens 6.2.5.2 e 6.3.1.5, supra.

¹³⁸⁷ Conselho da Justiça Federal. Disponível em: www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada. Acesso em: 4 out 2018.

foi aceita pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em votação unânime no RHC 74089, ocorrida no dia 18 de agosto de 2016, tendo na relatoria funcionado a Ministra Thereza de Assis Moura, sob a consideração de que não há, a respeito, previsão legal¹³⁸⁸.

Todavia, posteriormente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 455097/PR, relatado pela Ministra Laurita Vaz (j. em 14/4/2021), avançou em relação ao tema. Após salientar que “o óbice à detração do tempo de recolhimento noturno e aos finais de semana determinado com fundamento no art. 319 do Código de Processo Penal sujeita o Apenado a excesso de execução, em razão da limitação objetiva à liberdade concretizada pela referida medida diversa do cárcere”¹³⁸⁹, restou determinado que a detração penal deve tomar como parâmetro a conversão em dias da soma das horas de recolhimento domiciliar (período noturno), desprezando a fração inferior a 24:00 (vinte e quatro) horas, com monitoração eletrônica. Portanto, caso não haja a monitoração eletrônica, pelo entendimento sufragado pelo STJ, a detração não se impõe.

A inexistência da monitoração eletrônica, porém, não deveria ser óbice ao reconhecimento do direito à detração. A eventual dúvida quanto ao efetivo cumprimento da medida imposta deve militar em prol do investigado ou acusado, em sintonia com o princípio da presunção de não culpabilidade.

Deve-se ter em consideração que, conquanto aqui se defenda a possibilidade de haver a detração penal entre medidas cautelares diversas da prisão e penas privativas de liberdade ou medidas e penas alternativas, deve-se examinar, no caso concreto, se elas são semelhantes e compatíveis, em termos de grau de restrição ao direito de liberdade.

¹³⁸⁸ Conselho da Justiça Federal. Disponível em: www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada. Acesso em: 4 out 2018.

¹³⁸⁹ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1227399419/habeas-corpus-hc-455097-pr-2018-0148412-0/inteiro-teor-1227399424>. Acesso em: 13 fev. 2022.

Referências Bibliográficas

- A 13ª Emenda.** Direção: Ava DUVERNAY. Produção: Kandoo Films. 2016.
- Amanda knox.** Direção: Brian McGinn; Rod Blackhurst. Roteiro: Matthew Hamachek; Brian McGinn. Estados Unidos da América; Dinamarca. Distribuição: Netflix. 2016. (92 min).
- ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA.** Coimbra: Almedina, 2007.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal.** São Paulo: Noeses, 2016.
- ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação [recurso eletrônico]: racismo e encarceramento em massa.** Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boi tempo, 2018.
- ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trota, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** 4. ed. Tradução Ernesto Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, J. C. Mendes. **Princípios fundamentais do processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA JÚNIOR. João Mendes. **O processo criminal brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.
- ALTAVILLA. Enrico. **Psicologia judiciária: personagens do processo penal.** 4. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor. 1959.
- AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no brasil e na américa latina.** São Paulo: Editora Método, 2001.
- ANCEL, Marc. **A nova defesa social: um movimento de política criminal humanística.** Tradução Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova.** Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias.** Curitiba: Juruá, 2011.
- ARAÚJO, Kleber Martins. **A responsabilização criminal no estado democrático de direito: o equilíbrio entre a efetividade e os limites da pretensão punitiva da sociedade.** Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012.
- ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE. **Il giusto processo.** Milano Giuffré Editore, 1998.
- ATAÍDE, Fábio. **Colisão entre poder punitivo do estado e a garantia constitucional da defesa.** Curitiba: Juruá, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal,** 2. ed. e-book baseada na 4. ed. Imprensa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípio do processo penal: entre garantismo e a efetividade da sanção.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BELING, Ernst Beling. **Derecho procesal penal.** Tradução Miguel Fenech. Buenos Aires: DIN editora, 2000.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

- BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000.
- BARROS, Francisco Dirceu, e Jefson ROMANIUC. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. Belo Horizonte: JH Mizuno, 2019.
- BARROS, Romeu Pires Campos. **Sistema do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.
- BARROS, Romeu Pires Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.
- BAUMANN, Jürgen. **Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales**. Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Vozes, 1979.
- BERMAN, Sara J. **The basics of plea bargain**. 2020.
- BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal**. Tradução Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch, 1976.
- BIBAS, Stephanos. **Incompetent plea bargaining and extrajudicial reforms**. Cambridge, 20 de novembro de 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7ª. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOAS, Marco Anthony Steveson; PÓVOA, José Liberato da Costa. **Prisão temporária**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Diagnóstico das ações penais de competência do tribunal do júri/Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2019.
- CABRAL, Thiago Colnago; SORCI, Paulo Eduardo; RIBEIRO, Lourenço Migliorini Fonseca (Orgs.) **Regras de mandela: o padrão mínimo da ONU para tratamento de reclusos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.
- CARVALHO, Luiz Augusto Grandinetti. **O processo penal em face da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CAMPOS, Francisco. **Código de processo penal**. 41 ed. São Paulo: Saraiva.
- CARNELUTTI, Francesco. **Das provas no processo penal**. Tradução Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Chile/Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América/Bosch y Cía. Editores, 1950.
- CARNELUTTI, Francesco. **Principios del proceso penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002.
- CARVALHO FILHO, Aloysio. **Comentários ao código penal**. v. 4. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- CASTRILLO, Eduardo de Urbano; MORATO, Miguel Angel Torres. **La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial**. 2. ed. Navarra: Arazadi Editorial, 2000.
- CHIAVARIO, Mario. **Processo penal na Itália**. In: **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia**. Mereille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.
- CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: polícia administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- Deep Web** (Disponível em: <https://youtu.be/nxt5291DuLk>. Acesso em: 10 fev. 2021).
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5. Ed. Tradução Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado — Editor, Sucessor, 1979.
- DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Tradução de Érico Maciel. 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia**. Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: São Paulo, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos penais da europa**. Tradução Fauzi Hassan Choukr e colaboração Ana Cláudia Ferigato Choukr. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**, 5. Ed. Tradução Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado — Editor, Sucessor, 1979.
- DEZEM, Guilherme Madeira; BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Rogério Schietti Machado (Orgs.). **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. v. 1 e 2. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.
- DRESSLER, Joshua. **Understanding criminal procedure**. 3 ed. New York: LexisNexis.
- DUARTE, Christian Marcelo Bernal. Reforma del proceso penal em Paraguay y el juez penal de garantías y sus funciones. In: **Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ESPENCER, John. O processo penal na Inglaterra. In: **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia**. Mireille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.
- FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- FARIAS, Maria Beatriz Maciel de. **Crime, prisão e feminismo: um estudo sobre o processo emancipatório da mulher presa**. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2017.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 2. ed. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et alii. Madri: EditoriaTrotta, 1995,
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trota, 2003.
- FERRI, Enrico. **El homicida: em la psicología e y en la psicopatología criminal**. Tradução J Masaveu y R. Rivero de Aguilar. Madrid: Editorial Reus S.A, 1930.
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. 2. ed. Tradução Paulo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998.
- FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. T. 2. Tradução Antonio Soto Y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, [189?].

- FERRI, Enrico. **The positive school of criminology**. Tradução: Ernest Untermann. Chicago: Charles H. Kerr & Company, 1908.
- FESTINGER, Leon. **Theory of cognitive dissonance**. Stanford: Stanford University Press, 1985.
- FLACH, Luiz Maria. **Prisão cautelar e plantão judicial**. *Ajuris*, nº 27.
- FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- FORTUNA, E., S. DRAGONE, R. GIUSTOZZI, e A. PIGNATELLI. **Manuale pratico del nuovo processo penale**. Cedam, 1991.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- FREIRE, Maria Claudia Ananias. **Garantia de julgamento pelos pares: inadmissibilidade da decisão de absolvição sumária com imposição de medida de segurança**. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. **As razões do positivismo penal no brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. 3.
- GAROFALO, Rafael. **Criminologia**. 3. ed. Tradução Júlio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916.
- GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar**. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades do processo penal**, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório. In: **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais: delação premiada e aspectos processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito: novo procedimento do júri (Lei 11.689/08)...** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 23. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984
- GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **A nova lei processual penal: comentários à lei 6.416, de 24 de maio de 1977**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos em espécie, ações de impugnação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**. Buenos Aires: Vilella editor, 2002.

HUSLMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBC-Crim, 1997.

ID. Maryland: Discovery Inc. 2012.

INNOCENCE PROJECT. **DNA exonerations in the United States**. Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states>. Acesso em: 9 fev. 2022.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O brasil e o monitoramento eletrônico. In: **Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

JESUS, Damásio E. **Código de processo penal anotado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KING, Roy D., e Emma WINCUP. **Doing research on crime and justice**. 2ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LACERDA, Fernando Hideo I. **Comentários sobre o "projeto de lei anticrime"**. São Paulo, 2020.

LEAL, Câmara. **Comentários ao código de processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942.

LENNON, Maria Ines Horvitz, e Julian Lopez MASLE. **Derecho procesal penal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigacion**. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2002.

LIEBMAN, Tulio. **Manual de direito processual civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco, v. 1, Forense: São Paulo, 1984.

LIMA, Jéssica Muniz. **A necessidade de motivação dos veredictos: um estudo acerca da legitimidade das decisões do júri à luz do estado democrático de direito**. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2017. Disponível em www.monografias.ufrn.br. Acesso em 26 jul. 2018.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.

LYRA, Roberto. **Novíssimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

LOPES, Paulo Guilherme M.; TOSTO, Ricardo. **O processo de tiradentes**. São Paulo: Conjur Editorial, [?].

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury; JOSITA, Higyana. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, 6 de março de 2020.

LOPES JR., Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. **Pacote anticrime [recurso eletrônico]: um ano depois**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAIER, Julio B. J. **La ordenanza procesal penal alemana: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino**. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1982.

Making a murderer. Direção Laura Ricardi/ Moira Demos. Estados Unidos da América. Distribuição: Netflix. 2015.

- MALATESTA, Nicola Framarino. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: CONAN editora Ltda., 1995. v. 2.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1 e IV. Campinas: Bookseller, 1997.
- MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXXI: abolição, um sonho impossível? In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBBCrim, 1997.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed./2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MAZLOUM, Ali, e Amir MAZLOUM. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. *Conulstor Jurídico*, 7 de fevereiro de 2020.
- MEDEIROS, Nathália Leite. **O uso do reconhecimento pessoal no direito brasileiro e a carência de uma abordagem interdisciplinar: caso Tiago Vianna**. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2022.
- MENDES, Soraia da Rosa, e Ana Maria MARTÍNEZ. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. Kindle. São Paulo: Atlas, 2020.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011.
- METZKER, David. **Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento**. Kindle. São Paulo: Timburi, 2020.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2006.
- MORVAN, Camille; O'CONNOR, Alexander J. **An analysis of Leon Festinger's a theory of Cognitive dissonance**. London: Macat International Ltd., 2017.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 221).
- MUSSI, Jorge. Breves apontamentos sobre a audiência de custódia/apresentação no Brasil. In: **Inovações no sistema de justiça: meios alternativos de resolução de conflitos, justiça multiportas e iniciativas para a redução da litigiosidade e aumento da eficiência os tribunais: estudos em homenagem a Múcio Vilar Ribeiro Dantas**. RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro (org.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- NAVARRETE, Jose F. Lorca. **Derechos fundamentales y jurisprudencia**. Madrid: Ediciones Pirâmide, 1999.
- NORONHA, E. Magalhães. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- ODUOR, Jacinta Anyango, et al. **Lef out of the bargain: settlements in foreign bribery cases and implications for asset recovery**. Washington, 2014.
- OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PEOPLES, Edward E. **Criminal procedures: a critique of the cort's development, and the application of the bill of rights**. Forestville: Meadow Crest Publishing, 2015.
- PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo: processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumento do devido processo**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- PÉREZ, Alex Carocca. **Garantía constitucional de la defensa procesal**. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998.
- PIMENTA, José da Costa. **Código de processo penal anotado**. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, [19--?].
- PORTO, Mário Moacyr. **Responsabilidade civil do estado**. *Revista do Centro de Estudos*

Jurídicos do Rio Grande do Norte. Natal: CEJERN, 1995, v. 2.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório e a conformidade constitucional**. 3. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRANIS, Kay. **Processos circulares de construção de paz**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

PUTTKAMMER, Ernst W. **Administration of criminal law**. Chicago: University of Chicago, 1953.

RAUXLOH, Regina. **Plea bargaining in national and internacional law: a comparative study**. Kindle. New York: Routledge, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro (org.). **Inovações no sistema de justiça: meios alternativos de resolução de conflitos, justiça multiportas e iniciativas para a redução da litigiosidade e aumento da eficiência os tribunais: estudos em homenagem a Múcio Vilar Ribeiro Dantas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

RIEGO, Cristián; DUCE, Maurício (Orgs.). **Prisión preventiva y reforma procesal penal em américa latina: evaluación y perspectiva**. Santiago: CEJA-JSCA, 2009.

RIEGO, Cristián (Org.). **Reformas de La justicia em América latina: experiencias de innovación**. Santiago: CEJ-JSCA, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Breve depoimento sobre algumas reformas e propostas de reforma do código de processo penal. In **Reforma infraconstitucional: processo penal**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. 4. ed. Tradução Ângela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1995, p. 70).

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 2. ed., Tomo I. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Tradução Carmem Gomes Rivero e María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

RUBIANES, Carlos. **Manual de derecho procesal penal**. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1985.

SALLES JR., Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. **Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

SCHIETTI, Rogério Cruz. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental**. Revista *Liberdades*, n° 11, p. 34, 2012. http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140.

SILVA, Flávia Martins André da. **Suspensão e interrupção do contrato de trabalho**. . Acesso em: 31 jan. 2012

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. v. 1. 3. ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1996.

SILVA, Marco Antonio Marques. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Contato com o mundo exterior. In: **Regras de mandela**: o padrão mínimo da ONU para tratamento de reclusos. CABRAL, Thiago Colnago; SORCI, Paulo Eduardo; RIBEIRO, Lourenço Migliorini Fonseca (Orgs.) Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 3. ed. Natal: OWL Editora, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. Direito de acesso à informação. In: **Revista de direito do estado**. nº 9. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149-172.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Execução penal no sistema penitenciário federal**. Natal: Owl, 2020.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. Informatização do processo. In: **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. Ltr: São Paulo, 2007.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Manual prático de rotinas das varas criminais e de execução penal*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. O papel do juiz das garantias na pacificação de conflitos penais. In: **Inovações no sistema de justiça**: meios alternativos de resolução de conflitos, justiça multiportas e iniciativas para a redução da litigiosidade e aumento da eficiência os tribunais: estudos em homenagem a Múcio Vilar Ribeiro Dantas. RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro (org.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Prisão processual: distinções relevantes entre a prorrogação e revisão nonagesimal. In: **Código de processo penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. v. 1. DEZEM, Guilherme Madeira; BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Rogério Schietti Machado (Orgs.). São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da (org.). **Jurisdição criminal**: sugestões e análise dos dados do GMF5R. Natal: OWL, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da (org.). **Plano de gestão para o funcionamento de varas criminais e de execução penal**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (orgs.). **Crime, violência e segurança pública**: apontamentos para uma política de estado. Natal: OWL, 2020.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (orgs.). **Direito e linguagem nas decisões criminais**. Natal: OWL, 2019.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (orgs.). **Pacote anticrime: temas relevantes**. Natal: OWL, 2020.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de. **Processo penal**: comentários à lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973. Bauru: Editora Jalovi Ltda., 1980.

SOUSA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil**. Salvador : Editora Juspodivm, 201

SOUZA, Gabriel Lucas Moura. *As nulidades do processo penal a partir da sua instrumentalidade constitucional: (Re) análise dos princípios informadores*. Brasil. Owl Editora. Disponível em: www.owl.etc.br/ler_pdf_texto. Acesso em 31 jul. 2018.

SOUZA, Percival de. *Autopsia do medo*: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury. São Paulo: Globo, 2000.

SOUZA, Rodrigo Telles. **A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro**. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012.

SPRACK, John. **A practical approach to criminal procedure**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos & rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994.

TAYLOR John B. **Right to counsel and privilege against self-incrimination: rights and liberties under the law**. USA: ABCCLIO, 2004.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR. Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal. 4. ed. Revista, ampliada e atualizada**. Salvador: Jus Podium, 2010, p.502.

TONINI, Paulo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 35. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 7. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1982-1984.

TULKENS, Françoise. O procedimento penal: Grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. In: **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia**, p. 9-16.

VILE. John R. **A companion to the United States constitution and its amendments**. 3. ed. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2001.

SALAS, Denis. Alguns exemplos nacionais. In: **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia**, p. 27-29.

WALSH, Dylan. **Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining**. The Atlantic. 2 de 5 de 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 18 mai 2020.

WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. **O corpo fala: a linguagem silenciosa de comunicação não-verbal**. 39. ed. Petrópolis: Editora Vozes, [...].

XIAO, Michael Yangming. **Deferred/non prosecution agreements: effective tools to combat corporate crime**. Cornell Journal of Law and Public Policy 23 (2013-2014).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ZEHR, Howard. **The little book of restorative justice**. New York: Good Books, 2014.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.