

1'85"

1'80"

1'75"

1'70"

1'65"

CADERNOS DO

CAO CRIMINAL

ANO I - EDIÇÃO 01
JAN 2020

CAO
CRIMINAL
MPRJ

SUMÁRIO

Apresentação do periódico Cadernos do CAO Criminal

Somaine Patricia Cerruti Lisboa

3

Crimes Eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do STF

Douglas Fischer

4

Prova pericial oficial no processo penal: Breve notas

Diogo Erthal Alves da Costa

9

Análise Forense em Arquivos de vídeo

Maria do Carmo Gargaglione

12

A reparação mínima em favor da vítima de crimes

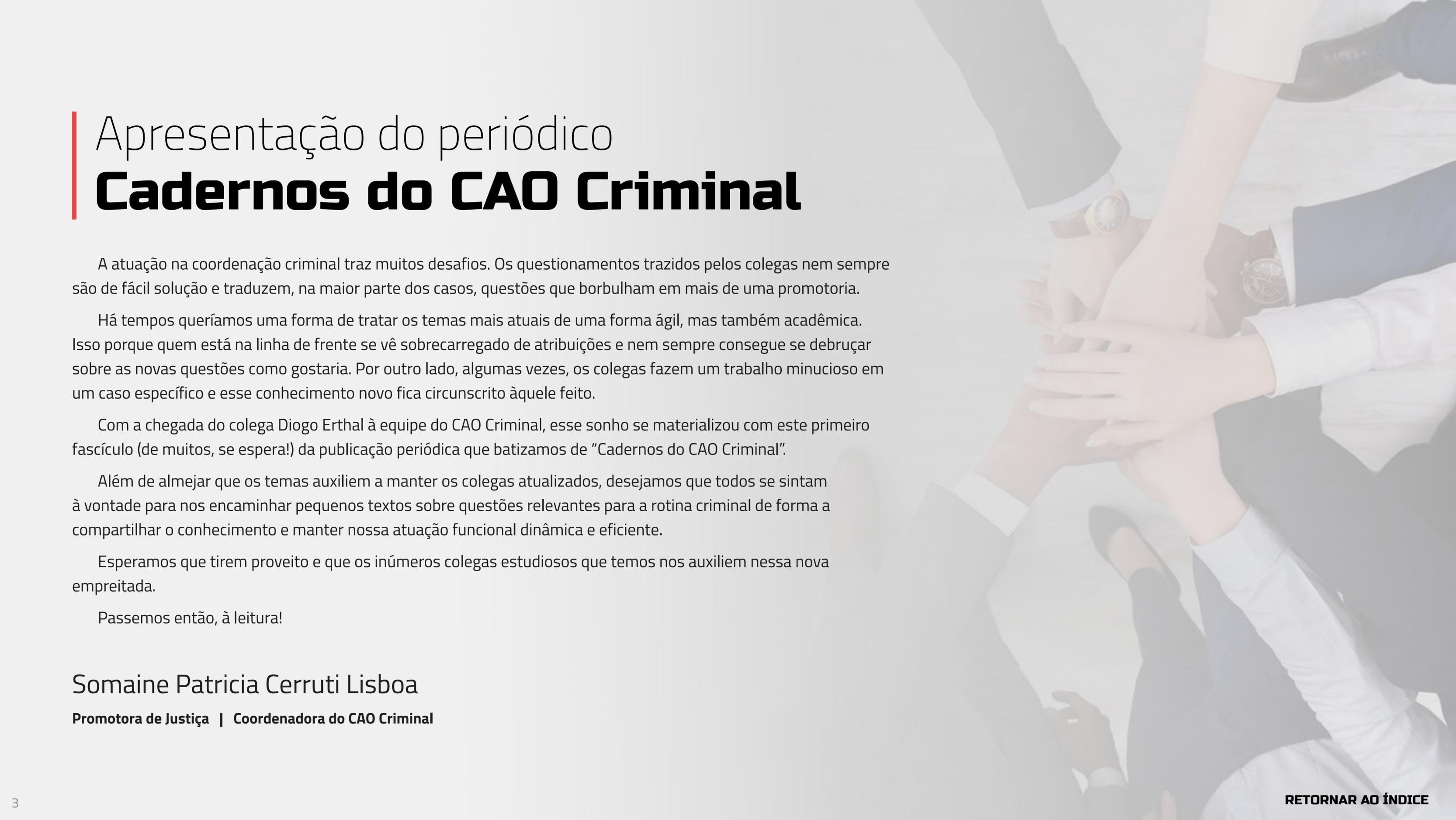
Patricia Pimentel

15

Lei 13.869/19 e o rito a ser observado no processamento crimes de abuso de autoridade.

Rogério Sanches Cunha

19



Apresentação do periódico **Cadernos do CAO Criminal**

A atuação na coordenação criminal traz muitos desafios. Os questionamentos trazidos pelos colegas nem sempre são de fácil solução e traduzem, na maior parte dos casos, questões que borbulham em mais de uma promotoria.

Há tempos queríamos uma forma de tratar os temas mais atuais de uma forma ágil, mas também acadêmica. Isso porque quem está na linha de frente se vê sobrecarregado de atribuições e nem sempre consegue se debruçar sobre as novas questões como gostaria. Por outro lado, algumas vezes, os colegas fazem um trabalho minucioso em um caso específico e esse conhecimento novo fica circunscrito àquele feito.

Com a chegada do colega Diogo Erthal à equipe do CAO Criminal, esse sonho se materializou com este primeiro fascículo (de muitos, se espera!) da publicação periódica que batizamos de “Cadernos do CAO Criminal”.

Além de almejar que os temas auxiliem a manter os colegas atualizados, desejamos que todos se sintam à vontade para nos encaminhar pequenos textos sobre questões relevantes para a rotina criminal de forma a compartilhar o conhecimento e manter nossa atuação funcional dinâmica e eficiente.

Esperamos que tirem proveito e que os inúmeros colegas estudiosos que temos nos auxiliem nessa nova empreitada.

Passemos então, à leitura!

Somaine Patricia Cerruti Lisboa

Promotora de Justiça | Coordenadora do CAO Criminal

Crimes Eleitorais

e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do STF

Douglas Fischer

- Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS
- Procurador Regional da República na 4ª Região
- Membro do Ministério Público Federal desde 1996
- Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal

No julgamento do Inquérito 4.435, por 6x5 votos, o Plenário do STF decidiu que, havendo crimes eleitorais conexos com crimes comuns, caberá a análise de realizar ou não o processamento único à justiça especializada. O equívoco está feito, com a máxima vênia, pois regras constitucionais de fixação de competência não podem ser modificadas por normas (infraconstitucionais) relacionadas à conexão ou continência. Deixamos aqui de tecer as críticas detalhadas em razão do espaço¹ e iremos direto à solução técnica e jurídica para em quais hipóteses deverá haver o deslocamento para análise e quais critérios jurídicos deverão ser utilizados para a manutenção do julgamento conjunto ou a cisão processual.

1 Pressupostos fundamentais para cogitar deslocamento de competência para análise de possível reunião processual segundo os critérios da jurisprudência do STF.

Todos os precedentes do STF sobre o tema dizem com análises de reunião ou cisão processual envolvendo competência por prerrogativa de foro (índole constitucional). Entretanto, por serem ambos de natureza absoluta, o raciocínio a ser dado para as competências por prerrogativa de foro e em razão da matéria deve ser exatamente o mesmo.

Será então qualquer fato ou arguição na justiça comum de possível crime eleitoral conexo que ensejará o deslocamento da competência? A resposta é seguramente negativa.

Há muito o STF entendendo que, para haver o deslocamento de um feito de instância inferior, é fundamental haver dados objetivos e concretos quanto a um fato em tese criminoso de sua competência. Ou seja, a «simples referência ao nome de três congressistas surgida no contexto de determinado procedimento penal instaurado em primeira instância. [...] Sem que se evidencie a presença, fundada em bases concretas, de indícios reveladores de autoria ou de participação ativa, em prática delituosa, de autoridade detentora de prerrogativa de foro, a simples referência ao seu nome, em sede de determinado procedimento penal, não basta, só por si, para legitimar o deslocamento, para o Supremo Tribunal

¹ Vide em maiores detalhes nossos fundamentos na Revista da Escola da Magistratura do TRF4 em https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=14637 Acesso 3 out 2019.

Federal, da competência penal de que se acha investido órgão judiciário de inferior jurisdição. [...] (AREg. Recl. n. 26.574, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 5.6.2017). Significa que não serão meras ilações ou possibilidades/probabilidades de ocorrência de fato criminoso eleitoral que ensejarão o deslocamento da competência: será fundamental a indicação de dados objetivos e concretos. Sem que tenha sido preenchido esse (primeiro) pressuposto não há se falar, em hipótese alguma, em pretensão a deslocamento da competência da Justiça comum (federal ou estadual) para a eleitoral para a análise da possível manutenção dos feitos de forma unificada.

2 Todo crime do art. 350 do Código Eleitoral ensejará a possível conexão processual com outros crimes comuns?

Utilizar dinheiro sem origem (possivelmente de caixa dois «tradicional») em campanha eleitoral não é, por ora, tipificado como crime eleitoral. A regra do art. 350 do CE trata de um fenômeno criminoso bem específico: uma forma de falsidade ideológica praticada para fins eleitorais. Também importante destacar que solicitar contribuição eleitoral clandestina ou recebê-la efetivamente e de fato empregá-la na campanha não é crime eleitoral tipificado no art. 350 do CE. Possivelmente será crime de corrupção passiva, previsto no art. 317, CP. E mesmo que haja elementos da existência do crime eleitoral previsto no art. 350, não haverá necessariamente conexão com eventuais crimes (previamente existentes) de corrupção e lavagem de dinheiro (para ficarmos em tipificações básicas e inerentes a esse tipo de conduta).

A razão é bastante simples. As duas regras de conexão que se aplicam para o caso são:

- a) objetiva (art. 76, II, CPP), em que uma conduta é praticada para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;
- b) instrumental ou probatória (art. 76, III, CPP), em que a prova de uma infração ou qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Nessa linha, o crime do art. 350 do CE não tem como finalidade ocultar crimes comuns (corrupção, lavagem etc.), mas sim, e eventualmente, ocultar gastos clandestinos realizados durante campanhas eleitorais. Ou seja, a falsidade ideológica eleitoral é praticada normalmente para ocultar um ilícito eleitoral (não necessariamente um crime), cuja revelação poderia ensejar consequências na seara eleitoral. A falsidade não é praticada para ocultar eventuais crimes comuns anteriores como a corrupção, pois o produto dessa normalmente é ocultado mediante outro fato autônomo e prévio também, a lavagem de dinheiro (ambos ocorrem normalmente muito antes de eventual falsidade ideológica eleitoral). Significa que essa falsidade, em regra, nada tem a ver com facilitar ou ocultar infrações anteriores, muito menos assegurar a impunidade delas. Igualmente a prova daqueles crimes não influi direta e objetivamente na prova do eventual crime de falsidade.

Nunca é demais reafirmar que, conforme reiterados entendimentos jurisprudenciais, razões de mera conveniência processual não justificam a reunião processual. A simultaneidade processual reclama a demonstração de imprescindibilidade da reunião (Ag.Reg na AP n. 804-DF, STJ, Corte Especial, DJ de 5.6.2015).

Mesmo que afastadas essas premissas, há se evoluir, buscando na lei e nos precedentes do próprio STF o entendimento a respeito do que fazer quando exista eventual conexão entre crimes. Há se ter um critério claro e objetivo.

3 A reunião processual por conexão ou continência é exceção: a regra deverá ser a cisão processual.

A partir da decisão plenária no Ag.Reg. no Inquérito n. 3.515, os precedentes do STF são claros e expressos no sentido de que, havendo em tese conexão ou continência, a regra será a cisão processual (a ser realizada pelo «órgão jurisdicional prevalente»), mantendo-se a reunião processual apenas em situações absolutamente excepcionais.

Reiterando o que antes dito acerca da necessidade do tratamento equânime das modificações de competência em razão da prerrogativa de foro e da matéria, são bastante claros os precedentes do STF

que o desmembramento deverá ser a regra, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante à investigação (Ag. Reg na Petição n. 6.212-DF, STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Edson Fachin, DJ de 16.5.2018). Assim, na linha do entendimento do STF, caberá ao MP, como titular da ação penal, justificar, no primeiro momento possível e de forma detalhada, a necessidade e imprescindibilidade de reunião processual por conexão ou continência. Ausente demonstração dessa essencial reunião, há se aplicar a cisão pelo órgão prevalente.

4 As obrigações processuais penais positivas como norteadoras da busca de eficiência processual.

Como defendemos na companhia de Frederico Valdez Pereira (Obrigações processuais penais positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ed, 2019) são inúmeros os precedentes das cortes supranacionais a respeito da garantia dos direitos humanos no sentido de existir uma obrigação de as autoridades públicas responsáveis pela investigação e/ou persecução penal conduzirem procedimentos adequados, completos e eficazes, na tentativa de responsabilizar autores de delitos.

Ambas as convenções (Interamericana de Direitos Humanos e Europeia) possuem regras que impõem aos Estados signatários obrigações de respeitar e fazer valer os direitos e liberdades reconhecidos. São obrigações de dupla vinculação: negativas, vedando aos Estados a violação de Direitos Humanos; positivas, pois exigem das partes a adoção de medidas necessárias para tutelar esses direitos, impedindo a violação deles por terceiros e reprimindo eficazmente eventuais lesões a esses direitos (que denominamos há muito de garantismo penal integral – vide anotações na obra Obrigações Processuais Penais Positivas). Deflui daí que as cláusulas convencionais protetivas dos direitos fundamentais exigem dos sistemas jurídicos domésticos a condução de investigações aprofundadas, céleres e diligentes, tendo como finalidade o esclarecimento dos fatos e punição dos responsáveis ao final do processo. Os deveres processuais positivos decorrem diretamente dos direitos humanos protegidos também nas Convenções.

A cisão processual, como regra, confere maior celeridade aos feitos processuais, conforme conclusão da Corte Especial do STJ: «em observância à razoável duração do processo, é recomendável que a Ação Penal seja desmembrada, preservando-se os princípios do juiz natural e da razoável duração do processo» (QO na AP n. 885–DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 28.8.2018).

5 A cisão como regra com fundamento no art. 80 do CPP.

Dispõe o art. 80 do CPP que «será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação». Como defendemos na companhia de Eugênio Pacelli há muito tempo, não se trata de uma mera faculdade discricionária. É que «toda a questão gira em torno da preocupação com a efetividade da função jurisdicional, no sentido da duração razoável do processo, eventualmente ameaçada, seja por força da aplicação de determinadas regras procedimentais, como a conexão, por exemplo, seja pelas próprias circunstâncias judiciais do caso concreto». Desse modo, «na conexão [...] quando a separação de processos se revelar mais conveniente que a reunião deles, prevista nos casos do art. 76, CPP, há que se dar primazia à regra do art. 80, CPP» (Comentários ao CPP e sua Jurisprudência. SP: Gen/Atlas, 2019, 11ª edição, p.193).

6 Conclusões

Diante de todos os fundamentos anteriormente declinados, pode-se exarar conclusões com as seguintes assertivas:

- 1) Equivocou-se o STF ao admitir que regras de competência absoluta (competência em razão da matéria fixadas na Constituição Federal) possam ser modificadas por normas infraconstitucionais (art. 76, II e III, CPP e/ou art. 35, II, Código Eleitoral);

- 2) Não será qualquer fato ou arguição na justiça comum de possível crime eleitoral conexo que ensejará o deslocamento da competência. Não serão meras ilações, confissões unilaterais ou possibilidades/probabilidades de ocorrência de fato criminoso supostamente eleitoral que ensejarão o deslocamento da competência: será fundamental a indicação de dados objetivos e concretos. Sem esse pressuposto não há se falar, em hipótese alguma, no deslocamento da competência da Justiça comum (federal ou estadual) para a eleitoral para a análise da possível manutenção dos feitos de forma unificada;

- 3) O crime tipificado no art. 350 do CE caracteriza-se como hipótese de falsidade ideológica para fins eleitorais. Além disso, doações eleitorais não declaradas não implicarão necessariamente a possibilidade de denúncia pela prática do referido crime;

- 4) Mesmo que haja elementos objetivos acerca da existência do crime previsto no art. 350 do CE, não haverá necessariamente conexão com eventuais crimes (previamente existentes) de corrupção e lavagem de dinheiro (dentre outros). O delito eleitoral não tem como finalidade ocultar crimes comuns (corrupção, lavagem, etc), mas sim, e eventualmente, ocultar gastos clandestinos realizados durante campanhas eleitorais. A falsidade ideológica eleitoral é praticada normalmente para ocultar um ilícito eleitoral (não necessariamente um crime), e não para ocultar eventuais crimes comuns anteriores como a corrupção, pois o produto dessa conduta normalmente é ocultada mediante outro fato autônomo e prévio também, a lavagem de dinheiro (ambos crimes ocorrem normalmente muito antes de eventual falsidade ideológica eleitoral). Essa falsidade, em regra, nada tem a ver com facilitar ou ocultar infrações anteriores, muito menos visa assegurar a impunidade delas. Igualmente a prova daqueles crimes não influem - direta e objetivamente - na prova do eventual crime de falsidade. Portanto, dificilmente haverá conexão objetiva ou instrumental;

- 5) Razões de mera conveniência processual não justificam a reunião processual: segundo precedentes do STF e do STJ a simultaneidade processual reclama a demonstração de imprescindibilidade da reunião;
- 6) A reunião processual deverá ser exceção, enquanto a regra, a cisão. Assim, se não for demonstrado no primeiro momento possível - pelo Ministério Público - que é imprescindível a apuração conjunta dos fatos, a cisão deverá ser realizada de forma obrigatória;
- 7) São inúmeros os precedentes das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos sobre as obrigações de as autoridades públicas responsáveis pela investigação e/ou persecução penal conduzirem procedimentos adequados, completos e eficazes, na tentativa de responsabilização dos autores dos delitos. As obrigações processuais penais positivas podem ser caracterizadas como um dever imposto aos Estados Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o acerto dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos que estipulam a salvaguarda dos direitos fundamentais envolvidos nas práticas ilícitas. E a cisão processual é uma forma de maximização das obrigações processuais penais positivas, pois confere como regra a melhor eficiência na apuração dos fatos e punição dos possíveis responsáveis por fatos criminosos.
- 8) Além de tudo, e encerrando, quando a separação de processos se revelar mais conveniente do que a reunião deles, prevista nos casos do art. 76, CPP, deve-se dar primazia à regra do art. 80, CPP.

Prova pericial oficial no processo penal: **Breve notas**

Diogo Erthal Alves da Costa

- Mestrando em Direito Penal e Ciências Criminais na Universidade de Lisboa – Portugal.
- Mestrando em *Razonamiento Probatorio* na Universidade de Girona - Espanha.
- Especialista em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública pela Faculdade de Direito Milton Campos, em parceria com a Associação Internacional para Estudos de Segurança e Inteligência (INASIS)
- Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

No Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF) o poder estatal deve ser exercido de forma racional e controlável. Assim, os esforços para conferir objetividade à atividade jurisdicional não podem se limitar à interpretação jurídica, mas devem se estender à análise das questões fáticas, sob pena de permitir-se o arbítrio. Atento à tal imperativo, importante reconhecer que a decisão judicial não pode ser calcada unicamente em estado psicológico de convencimento do julgador, mas deve encontrar lastro em evidências empíricas que permitam a construção de fundamentação apta a legitimar o ato estatal.

Nesse cenário, a prova, aqui compreendida como sinônimo de evidência (*evidence*), tem relação teleológica com a verdade, servindo de instrumento de conhecimento para que o julgador possa se aproximar o máximo possível da correspondência com a realidade ao fazer a reconstrução histórica do delito.

Diante da impossibilidade de verificação direta pelos sentidos do que se passou, já que o crime é fato pretérito e irrepetível, o julgador depende da prova para construir raciocínio e concluir pela maior ou menor probabilidade de determinado enunciado sobre a prática do delito corresponder à realidade. Ocorre que cada vez mais se revela necessário o aporte de conhecimentos especializados para o bom desenvolvimento de tal atividade, o que, no contexto processual, ocorre por meio da prova pericial.

Assim, sempre que para a reconstrução dos fatos for necessário conhecimento especializado que extrapole o ordinário, aquele compartilhado pela média dos cidadãos, o julgador deverá recorrer ao especialista. A legislação processual penal silencia sobre o tema, mas o CPC disciplina a questão neste sentido em seu art. 375.

A mera oficialidade da prova não é garantia de fiabilidade, pois o perito oficial também está sujeito ao cometimento de erros. A admissão às cegas da perícia oficial e sua adoção acrítica como razões de decidir acabaria por transferir ao perito a função de julgar, que é privativa do magistrado. Nesse sentido, o CPP dita que o julgador pode aceitar ou rejeitar o laudo, no todo ou em parte (art. 182, CPP).

Mas como o juiz deve valorar a perícia se não possui o conhecimento especializado que é o fundamento e a justificação da prova pericial? O próprio CPP traz apenas fatores genéricos como guia de tal atividade ao asseverar que no “caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo” (art. 181).

Atento à concepção racional da prova, a valoração da perícia deve ir além da simples análise de sua origem. Não obstante seja indispensável que o perito ostente as credenciais acadêmicas e profissionais para que possa se qualificar como aquele que vai fornecer conhecimento especializado ao magistrado, o foco deve recair principalmente sobre o conteúdo da prova. Neste ponto, diante do silêncio do CPP, o Código de Processo Civil incide de forma suplementar. Tal diploma assevera que, ao apreciar a prova pericial, o juiz deve indicar na sentença “os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito” (art. 479).

O foco sobre o método como critério de valoração da prova pericial remete à jurisprudência norte-americana sobre o tema, em especial à chamada trilogia Daubert. Na busca da análise racional da prova, não se verifica qualquer óbice à adoção do entendimento consolidado pela Suprema Corte dos EUA como forma de conduzir a valoração da prova pericial no Brasil.

No caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (509 U.S. 579 (1993)), foi reconhecido que diante da infinidade de conhecimentos especializados distintos que podem ser trazidos aos autos, é inviável estabelecer um elenco taxativo de critérios de valoração. A Corte apresentou, a título exemplificativo, um rol de fatores a serem considerados pelo julgador no momento da admissão da prova: (1) se a teoria ou técnica pode ser submetida a prova, (2) se a teoria ou técnica empregada foi publicada ou sujeita à revisão por pares, (3) se há margem de erro conhecida, assim como se foram cumpridos os *standards* de qualidade e (4) se há ampla aceitação da comunidade científica relevante.

Ao julgar o caso *General Electric Co. vs. Joiner* (522 U.S. 136 (1997)), a Suprema Corte decidiu que cabe ao juiz escolher os fatores que devem ser verificados no caso concreto, sendo certo que tal atuação só pode ser revista em hipótese de “abuso de discricionariedade” (*abuse of discretion*) na admissibilidade da prova.

Por fim, na última decisão da mencionada trilogia, no caso *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, (526 U.S. 137 (1999)), a Suprema Corte entendeu que não era possível diferenciar claramente conhecimento científico de outros tipos, mormente os adquiridos por experiência. Concluiu que qualquer conhecimento especializado pode ser utilizado como prova pericial, desde que seja fiável.

Diante da complexidade do tema, destaca-se a importância de contraditório qualificado para garantia da qualidade da prova pericial, o que, em termos práticos, se traduz, entre outros pontos, (1) na obrigação de o perito expor suas credenciais acadêmicas e o método utilizado, (2) na ampla atuação dos assistentes técnicos, (3) na garantia de tempo suficiente para que as partes possam tomar conhecimento da prova e apresentar impugnações e requerimentos de esclarecimento/complementação, (4) na possibilidade de oitiva do perito em audiência, (5) na inexistência de vedação de produção de prova sobre a prova e (6) de produção de prova pericial diretamente por perito de confiança da parte.

Claro, portanto, que ao valorar a prova pericial, o julgador deve verificar se o perito detém a qualificação técnica compatível para fornecer o conhecimento especializado necessário. Quanto à prova em si, deve verificar sua fiabilidade analisando o método utilizado segundo os fatores mais adequados para o caso concreto, tanto no que se refere à sua credibilidade em abstrato, quanto à correta aplicação da técnica ou método no caso concreto.

Outro tema que merece atenção são os dispositivos do CPP que exigem a produção de prova pericial. O art. 158, por exemplo, dita ser indispensável o exame de corpo de delito sempre que a infração deixar vestígios, o art. 171 estabelece que deve haver perícia nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, e o art. 175 determina que deverão ser examinados os instrumentos empregados para a prática da infração, “a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência”.

Como visto, a prova pericial, por sua natureza, tem como função a introdução no conjunto probatório de conhecimento especializado. Portanto, sempre que este não for necessário, não haverá qualquer razão para exigir-se a produção de prova pericial. Tal análise de necessidade deve ser feita caso a caso. Imagine-se ameaça perpetrada com uma faca. Se o referido objeto foi apreendido e está devidamente descrito pela autoridade policial, por qual razão a faca deveria ser remetida para a perícia técnica, onde, nesta hipótese, o perito se limitaria a refazer o trabalho de descrição já constante dos autos? Qual o conhecimento especializado necessário para descrever uma faca?

Imagine-se agora caso de furto com arrombamento em que sistema de vigilância grava toda a ação do criminoso. Não havendo impugnação quanto à autenticidade do vídeo, também não há que se falar em prova pericial, seja do vídeo, seja do próprio local do crime. Não se revela necessário conhecimento especializado para interpretar as imagens do arrombamento, sendo certo que o perito se limitaria a

descrever aquilo que vê nas imagens gravadas (no caso da perícia sobre o vídeo) ou descrever o cenário já exibido nas imagens (no caso da perícia de local).

Não se pode olvidar que o processo penal tem como função a reconstrução histórica dos fatos, atividade que só pode ser validamente limitada quando outro valor se sobrepuser à busca da verdade. Na hipótese de o fato poder ser demonstrado por outros elementos de prova, ficando claro que não é necessário qualquer conhecimento especializado, exigir a prova pericial se traduz como embaraço indevido à atividade probatória, flagrante violação do direito à prova.

O CPC está em consonância com tal compreensão, ditando que o juiz deve indeferir a perícia quando “a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico” (art. 464, §1º, inciso I). De outro lado, a jurisprudência pátria já tem reconhecido a desnecessidade do exame pericial, mesmo fora da expressa exceção legal (desaparecimento de vestígios). Nesse sentido, por exemplo, os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça nos autos do AgRg no AREsp 1253065/SP, HC 37945/RJ e REsp 1305836/SC.

De outro lado, quando necessária a prova pericial, não cabe ao perito extrapolar a esfera do conhecimento especializado e adentrar a de interpretação jurídica. É comum, por exemplo, nos autos de exame cadavérico, que o médico legista, ao responder os quesitos da autoridade policial, afirme categoricamente que o homicídio foi ou não praticado por meio cruel. Ocorre que a crueldade do meio não se insere na ciência médica, mas é conceito jurídico. Deve o médico limitar-se a descrever, se possível, o meio utilizado para a prática do crime. A qualificação como cruel compete ao julgador, seja o juiz togado, seja o jurado.

Portanto, imperiosa a releitura dos dispositivos do CPP que cuidam da prova pericial com o fim de harmonizá-los com o direito constitucional à prova e o marco teórico da concepção racional da prova.

Análise Forense em **Arquivos de vídeo**

Maria do Carmo Gargaglione

Diretora da Divisão de Evidências Digitais e Tecnologias (DEDIT) do MPRJ

Com formação em:

- Gait Analysis (Análise de Marcha) – IAI/USA
- Fonética Forense – UNICAMP
- Linguística Análise do Discurso - POSEAD FGF
- Ciências Forenses - Faculdade Nacional de Direito UFRJ
- Busca Eletrônica – SISPEN
- Utilização de softwares de áudio e imagem – ADOBE
- Autenticação Forense em Áudio Digital - Forensic Authentication of Digital Audio - National Center for Media Forensics, University of Colorado Denver – AES - Audio Engineering Society
- 3D - PUC Rio; Análise Forense de Vídeos - Forensic Video Analysis & The Law – LEVA
- Forensic Image Comparison (Comparação de Imagem Forense) – FBI, IAI/USA.

INTRODUÇÃO

Durante um julgamento por assassinato, a principal testemunha da acusação é questionada: «Você consegue identificar o homem que saiu correndo com a arma na mão?» A testemunha varre a sala do tribunal, aponta para o réu e diz: «É ele ali.» Para os jurados, a testemunha deve estar correta, afinal, ela estava lá.

Provas testemunhais, embora sejam importantes, podem ser contaminadas por fragilidades naturais que acometem seres humanos. Há inúmeros casos em que testemunhas honestas erram, por vezes dizendo «que é o homem» e mais tarde se comprova que foi um erro. Igualmente, há muitos casos em que as testemunhas não conseguem identificar o agressor, seja por estresse, deficiência sensorial e circunstâncias temporais que causam impacto sobre a capacidade da testemunha em identificar com precisão os autores de crimes.

Provas baseadas em arquivos de vídeo podem ser de valor significativo na apuração de culpa ou inocência, uma vez que não estão sujeitas às mesmas fraquezas que enfrentam seres humanos, a câmera de vídeo não sofre estresse, mesmo durante tumultos, as câmeras continuam a registrar com precisão e sem paixão tudo o que ocorre diante de sua lente, em silêncio continua a ser uma testemunha constante, imparcial e capaz de recordar prontamente tudo o que foi observado.

Quando o vídeo é de boa qualidade e permite uma imagem clara do evento e do autor do crime, ele pode fornecer a melhor prova da identidade do agressor. É uma evidência relevante e admissível que pode ser por si só, prova sólida e convincente não apenas sobre a questão da identidade do autor, mas discorrer sobre a sequência dos fatos, posicionamentos, objetos que estavam na cena, enfim, tudo é passível de ser observado e até mesmo reconstruído. Na verdade, pode ser a única evidência disponível. Por exemplo, no decurso de um assalto, a testemunha ocular pode ser morta, enquanto a câmera de vídeo continuará a gravar impassível o roubo e as ações dos envolvidos.

Os avanços na tecnologia digital têm levado ao uso de várias técnicas científicas na análise e apresentação de provas de vídeo para os processos. Em muitos casos foi possível obter informações mais valiosas a partir de provas de vídeo do que de outra forma. A técnica faz a diferença entre a segurança na admissibilidade ou não de um vídeo como prova.

É importante entender o contexto de provas de vídeo, debruçar em debates de como a legislação lida com o advento de novas tecnologias e como efetivamente tais provas devem ser apresentadas.

USO DE PROVAS DE VIDEO

Tipos de Provas de Vídeo Utilizadas em Processos Criminais

Como qualquer tipo de evidência, a cadeia de custódia é um dos primeiros itens garantidores da idoneidade do material, a boa prática orienta como primeira providência a apreensão do equipamento de captação das imagens, sendo alternativa a extração dos arquivos, desde que realizada pelo perito que irá examinar a prova.

Em seguida, serão descritas as possibilidades de utilização das provas de vídeo:

a) Vídeo Ilustrativo

São vídeos que mostram ou ilustram situações que não seriam facilmente demonstráveis por outros meios durante uma audiência. Por exemplo:

- Cena de crime em 3D/realidade virtual/realidade aumentada.
- Demonstração ilustrativa de fenômenos relevantes ao caso.
- Estudos biomecânicos – construção de modelos.
- Estudos espaciais – construção de locais.

b) Vídeo de Registro

- São gravações de eventos como interrogatórios, oitivas em geral.

c) Vídeo de segurança

O vídeo de segurança, também conhecido como CFTV (circuito fechado de TV), está se tornando onipresente em nossa sociedade como um método de prevenção e detecção de crime. Estima-se que somos filmados por câmeras de segurança várias vezes ao dia. Outra fonte de captura são os celulares, que estão sempre prontos para gravar tão logo algum fato ou acontecimento fuja do comum.

O crescimento exponencial da captura de imagens abre novas possibilidades e também requer o debate sobre o tratamento dos dados colhidos, para que se transformem em informações relevantes.

O tempo gasto na análise de diversas câmeras pode ser otimizado, quando se delimita com segurança e precisão, o objeto da análise – o contato entre o perito e o solicitante é essencial para o se obter um resultado objetivo e útil ao processo.

Admissibilidade Técnica do Vídeo como Prova Pericial

AUTENTICAÇÃO

No contexto de vídeo, a autenticação é o processo de provar que as imagens de vídeo representam aquilo que se pretende demonstrar. Esta exigência de autenticação prevê a segurança de que o vídeo retrata com precisão a cena e que nada tenha sido alterado ou modificado.

Autenticação geralmente incide sobre os seguintes elementos:

- Local onde as imagens foram captadas.
- Data do sistema de captação em comparação com data real.
- Hora do sistema de captação em comparação com hora real.
- Confiabilidade das imagens através do log (recurso que monitora falhas no sistema).
- Tipo de sistema de gravação – modelo, fabricante, recursos.
- Tipo de sistema de captação – câmeras.
- Tipo de armazenamento – local ou nuvem.
- Tipo de instalação – cabeamento.

Comprovar a localização das imagens capturadas geralmente não é difícil, quando no contexto de vigilância monitorada, isso vai exigir apenas a indicação de onde a câmera está instalada, por quem realizou a gravação. No contexto de vigilância estática, como uma loja ou outro estabelecimento comercial, isso normalmente pode ser feito por alguém familiarizado com a localização da câmera e campo de visão, como o proprietário da loja, funcionário ou agente de segurança. O contato com a empresa responsável pela instalação e/ou manutenção do sistema é sempre bem vindo.

A constatação de data e hora do evento registrado pelo sistema, em confronto com a hora real, deverá ser feita pelo perito através de técnicas auditáveis.

Pelo fato do vídeo digital ser basicamente um conjunto de dados binários gravados em mídia, como tal, está sujeito a manipulações que podem ser acidentais ou intencionais. Esses fatores juntamente com a ampla disponibilidade e baixo custo de hardware de edição de vídeo digital e software, torna a evidência digital vulnerável a alterações de seu conteúdo.

A correta extração da evidência, bem como o conhecimento sólido dos componentes envolvidos, sejam eles de origem humana, mecânica ou eletrônica, garantem a confiabilidade das provas baseadas em evidências armazenadas em meio digital.

Tais cuidados tornam a perícia em arquivos de vídeo um método extremamente confiável para apuração de fatos, elevando a segurança para além da origem do laudo.

A perícia deve subordinação à ciência. O resultado dos exames deverão sempre ser passíveis de reprodução em ambientes com os mesmos recursos, para segurança e confiabilidade dos procedimentos.

A constante atualização do corpo técnico, uso de equipamentos adequados, e o respeito ao prazo necessário para realização de todas as etapas de um exame pericial, também asseguram a robustez do resultado.

A reparação mínima em favor da **vítima de crimes**

Patricia Pimentel

- Promotora de Justiça no Rio de Janeiro
- Doutoranda em Direito Penal pela UERJ
- Pós-graduada em Vitimologia pela Universidade Central de Dubrovnik
- Pós-graduada em Violência Contra Crianças e Adolescentes pela PUC-RJ
- Autora de diversos livros e artigos



Há uma preocupação crescente com a valorização da vítima de delitos tanto no Brasil quanto no exterior. O consenso internacional a respeito do tema cristalizou-se na *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* da Assembleia Geral das Nações Unidas de 11 de dezembro de 1985 (Resolução 40/34).

A Declaração de Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e de Abuso de Poder (Resolução 40/34 da Assembléia Geral da ONU), de 1985, traz a definição de vítima e reconhece a necessidade de adoção de medidas, tanto a nível nacional como internacional, para garantir o reconhecimento dos direitos das vítimas da criminalidade e de abuso de poder, elencando uma série de ações a serem adotadas pelos Estados Parte, dentre as quais a adoção de medidas nas áreas de assistência social, saúde, educação e reparação pelos danos sofridos.

A referida Declaração está dividida em duas partes (vítimas de criminalidade e vítimas de abuso de poder), sendo que a primeira, além da definição de vítima, subdivide-se em quatro tópicos: a-) acesso à justiça e tratamento justo; b-) reparação pelo autor do fato; c-) indenização subsidiária pelo Estado; d-) direitos de assistência.

O artigo 1º traz a definição de quem seriam as vítimas de um crime e artigo 3º menciona que as disposições aplicam-se a todos, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou outras, crenças ou práticas culturais, situação econômica, nascimento ou situação familiar, origem étnica ou social ou capacidade física.

Os direitos à dignidade, acesso à justiça e tratamento justo estão assegurados nos artigos 4º ao 7º. Dispõe o artigo 4º que as vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciais e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional. Reconhece-se que as vítimas sofrem tanto com o crime em si (vitimização primária) quanto ao participar do processo de justiça criminal (vitimização secundária).

O artigo 5º da Resolução 40/34 da ONU menciona a importância de se criar e reforçar mecanismos judiciários e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação através de procedimentos, oficiais ou oficiosos, que sejam rápidos, equitativos, de baixo custo e acessíveis. O direito à reparação do dano vem expressamente mencionado nos artigos 8 a 13 da Resolução 40/34 da ONU. O artigo 8º menciona que os autores de crimes ou os terceiros responsáveis pelo seu comportamento devem, se necessário, reparar de forma equitativa o prejuízo causado às vítimas, às suas famílias ou às pessoas a seu cargo. Tal reparação deve incluir a restituição dos bens, uma indenização pelo prejuízo ou pelas

perdas sofridos, o reembolso das despesas feitas como consequência da vitimização, a prestação de serviços e o restabelecimento dos direitos. O artigo 9º dispõe expressamente que os Governos devem reexaminar as respectivas práticas, regulamentos e leis, de modo a fazer da restituição uma sentença possível nos casos penais, para além das outras sanções penais.

Nossa legislação consagra os direitos das vítimas e a reparação do dano no âmbito criminal conforme orientação da Resolução 40/34 da ONU. As Leis 11.340/2006, 11.690/2008, 12.845/2013 e 13.431/2017 ressaltam a importância de que haja o respeito à vítima como pessoa humana dotada de dignidade. O direito da vítima à informação e à privacidade vêm previstos nos parágrafos do art. 201 do Código de Processo Penal (CPP). A vítima tem direito a ser informada sobre o resultado do processo criminal, devendo ser comunicada dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência, bem como da sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem (art. 201, §2º, do CPP). Essas comunicações devem ser feitas no endereço indicado pela vítima ou, por opção desta, por meio eletrônico (art. 201, §3º). É garantido ainda a preservação da intimidade da vítima, sua vida privada, honra e imagem, na forma do art. 201§6º do CPP, podendo o Magistrado determinar o segredo de justiça em relação a seus dados, depoimentos e outras informações dos autos, evitando sua exposição aos meios de comunicação (art. 201, §6º do CPP). O direito à escuta diferenciada vem previsto no art. 217 do CPP e pela Lei 13.431/2017, que garantem o depoimento judicial em sala diversa do acusado, através de videoconferência, seja para a vítima adulta (art. 217 do CPP), e notadamente para crianças e adolescentes vítimas de violência sexual (sala de depoimento especial). Insta ressaltar que a Lei 13.431/2017, além de garantir o atendimento humanizado das crianças na rede de atendimento, inclusive em Delegacias, recomenda a antecipação de provas, pela regra prevista no art. 156 I do CPP, de modo que seja realizada sua oitiva em juízo o quanto antes mediante o depoimento especial através de profissionais devidamente capacitados, minimizando o desgaste decorrente da demora do processo criminal.¹

Em relação à reparação do dano pelo autor do fato, o Código Penal, já na reforma de 1984,

1 "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. CARÁTER DE URGÊNCIA DEMONSTRADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A produção antecipada de provas está adstrita àquelas hipóteses consideradas de natureza urgente pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação em cada caso concreto. 2. Na hipótese em apreço, como se verifica da leitura das razões do acórdão recorrido, a aplicação da medida encontra-se devidamente justificada, ante a necessidade de proteção à vítima - "criança com dez anos de idade na época do fato" e a "possibilidade de esquecimento dos fatos pelos possíveis traumas psicoemocionais sofridos e pelo próprio decurso do tempo, sem prejuízo de influências ocasionadas por pressões no âmbito familiar". 3. Habeas corpus denegado." (STJ. Processo HC 240227/DF. Habeas Corpus 2012/0081742-5. Rel. Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Data do Julgamento 14/08/2012. Data da Publicação DJ 23/08/2012).

dispôs, como efeito da condenação, tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (CP, art. 91, inciso I²). A Lei de Execução Penal dispõe ser dever do condenado, através do trabalho oferecido no sistema criminal, reparar o dano causado pelo delito, desde que fixado judicialmente e não reparado de outra forma (art. 29, 31 e 39 da LEP). O art. 387, IV do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.719/2008, determina que o Juiz fixe na sentença condenatória “o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”, havendo a necessidade de pedido na denúncia formulada pelo Ministério Público ou manifestação expressa do ofendido, a fim de garantir o contraditório. Ainda que a vítima possa solicitar a execução ou complementação da reparação no juízo cível (art. 63 do CPP), não é razoável que as vítimas, fragilizadas, tenham que procurar o juízo cível e terminem não sendo indenizadas em razão da prisão e miserabilidade dos agentes criminosos. A reparação mínima prevista na sentença penal condenatória é importante para dar aplicabilidade ao dever do condenado previsto na Lei de Execução Penal.

A Lei Estadual 4.984/2007 do Rio de Janeiro, por sua vez, no art. 1º, inciso III, ao disciplinar a remuneração do trabalho no estabelecimento prisional, dispõe que 20% (vinte por cento) da renda auferida pelo apenado será destinada à indenização dos danos causados pelo crime desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios³.

Assim, nota-se pela interpretação sistemática da legislação, que o art. 387 dá exequibilidade a deveres já expressamente previstos no Código Penal (art. 91, I), na Lei de Execução Penal (art. 29, 31 e 39) e foi reforçado na legislação fluminense, a fim de que o dever de reparar o dano mínimo causado pela infração conste expressamente da sentença criminal condenatória a fim de que possa ser executada de forma adequada.

A Resolução 253 do CNJ, de 04/09/2018, que define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais, traz, nos seus considerandos, referência expressa à Resolução 40/34 da ONU e a necessidade de padronizar e fiscalizar a vigência das normas legais voltadas à atenção da vítima. Assinala a importância de que as vítimas sejam tratadas com respeito e dignidade pelos órgãos judiciários e seus serviços auxiliares. Traz a definição de vítima, dispondo serem as pessoas que tenham sofrido dano físico, moral, patrimonial ou psicológico em razão de crime

ou ato infracional cometido por terceiro, ainda que não identificado, julgado ou condenado (art. 1, §1º), e menciona que a resolução também se aplica aos cônjuges, companheiros, familiares em linha reta, irmãos e dependentes das vítimas cuja lesão tenha sido causada por um crime (art. 1, §2º).

A Resolução 253 do CNJ dispõe que os tribunais deverão instituir plantão especializado para atendimento às vítimas, destinando parcela da jornada dos servidores integrantes das equipes multidisciplinares, devidamente capacitados, e os espaços físicos adequados para tal (art. 2º). E nestes plantões, consideradas as singularidades do caso concreto, os servidores deverão prestar às vítimas: I - o devido acolhimento, com zelo e profissionalismo; II - orientação sobre as etapas do inquérito policial e de eventual processo e de seu direito de consultar ou de obter cópias dos autos; III - informações amplas pertinentes aos seus direitos, nos limites do campo de conhecimento da equipe multidisciplinar; IV - encaminhamento escrito para rede de serviços públicos, incluídos os serviços de assistência jurídica, assistência médica, psicológica e social disponíveis na localidade; V - informações sobre os programas de proteção a vítimas ameaçadas e respectivo encaminhamento, se for o caso; VI - encaminhar a vítima aos programas de justiça restaurativa eventualmente instituídos em conformidade com a Resolução 225 de 31 de maio de 2016 (art.3º). Os órgãos judiciários deverão adotar as providências possíveis para destinar ambientes de espera separadas para a vítima e seus familiares nos locais de realização de diligências processuais e audiências (art.4º). No curso dos processos de apuração de crimes e atos infracionais e de execução de penas e medidas socioeducativas, as autoridades judiciais deverão: I - orientar as vítimas sobre o seu direito de estar presente em todos os atos do processo; II - determinar às serventias o estrito cumprimento do parágrafo 2º do artigo 201 do Código de Processo Penal, notificando-se a vítima, por carta ou correio eletrônico, dos seguintes eventos: a) instauração da ação penal ou arquivamento do inquérito policial; b) expedição de mandados de prisão, alvarás de soltura e respectivos cumprimentos; c) fugas de réus presos; d) prolação de sentenças e decisões judiciais monocráticas ou colegiadas. III - destinar prioritariamente as receitas relativas à prestação pecuniária para reparação dos danos aproveitados pela vítima e pessoas referidas no § 2º do artigo 12 da presente Resolução; IV - determinar as diligências necessárias para conferir efetividade ao disposto no art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, para fixar em sentença valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração; V - adotar as providências necessárias para que as vítimas sejam ouvidas em condições adequadas para

2 São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

3 Lei Estadual 4984/2007. Art. 1º - Para efeitos de cumprimento do artigo 29 da Lei nº 7.210/84, a remuneração do trabalho realizado pelos apenados no sistema penitenciário estadual será distribuída segundo os parâmetros abaixo definidos: I – 40% (quarenta por cento) destinados às despesas pessoais do preso; II – 20% (vinte por cento) destinados à assistência à família do preso; III – 20% (vinte por cento) destinados à indenização dos danos causados pelo crime, quando determinados judicialmente e não reparados por outros meios; IV – 5% (cinco por cento) para o ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado; V – 15% (quinze por cento) destinados à constituição de pecúlio.

prevenir a vitimização secundária e para evitar que sofra pressões. VI - zelar pela célere restituição de bens apreendidos, de propriedade da vítima, observadas as cautelas legais.

No caso da prática de crimes graves e violentos, o dano moral⁴ é ínsito ao fato, é dizer, *in re ipsa*, já que fere direitos personalíssimos. O Superior Tribunal de Justiça já tem jurisprudência consolidada sobre a presunção de dano moral nas hipóteses de violência em âmbito familiar, ressaltando que a reparação mínima prevista no art. 387, IV do CPP inclui tanto o dano material quanto o dano moral, sendo necessário pedido expresso pelo Ministério Público ou pela vítima, garantindo o contraditório (Recurso repetitivo Tema 983).

Ora, o Estado Brasileiro, ao incluir na legislação processual penal a obrigação do Magistrado fazer incluir na sentença criminal o valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração, trata a questão como de ordem pública e não de caráter privado ou particular, com vistas a unificar a questão num único Juízo, evitando a vitimização secundária. O interesse na reparação mínima dos danos é de toda a sociedade e não somente da vítima. Dessa forma, não faz sentido transferir a questão para o Juízo Cível, uma vez que é necessário constar da sentença penal condenatória para fins de execução da pena. O Juízo Cível não poderá fazer constar essa obrigação ao sistema penitenciário na execução de pena, pois cabe a este providenciar o trabalho do preso com essa finalidade.

⁴ PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS SOFRIDOS PELA VÍTIMA. DEFERIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Inexiste ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática foi proferida em obediência ao art. 932 do Código de Processo Civil - CPC e art. 3º do Código de Processo Penal - CPP, por se tratar de recurso que impugnava o julgado contrário à jurisprudência desta Corte. Ademais, o julgamento colegiado do agravo regimental supre eventual vício da decisão agravada. 2. A reparação civil dos danos sofridos pela vítima do fato criminoso, prevista no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve ser deferida sempre que requerida e inclui também os danos de natureza moral. 3. "Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia e independentemente de instrução probatória (Resp n. 1675874, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 28/2/2018, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, Tema 983). 4. Agravo regimental desprovido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo AgRg no REsp 1687660 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2017/0190823-6. Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. 5ª Turma. Julg. 24/04/2018. DJ 11/05/2018).

RECURSO REPETITIVO Tema 983 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AFRONTA AO ART. 387, IV, DO CPP. DANO MORAL IN RE IPSA. FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO OU DA PARTE OFENDIDA. DEFESA OPORTUNIZADA. TESE JULGADA EM RECURSO REPETITIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Em se tratando de reparação por dano moral, a violação de direitos da personalidade nem sempre é facilmente demonstrada/comprovada. Ademais, a dor e o sofrimento, conforme doutrina mais moderna, não são imprescindíveis ao dano moral. Eles são, na verdade, apenas decorrências do dano, que podem ou não ocorrer. Por isso, a jurisprudência e a doutrina trabalham com a idéia de dano moral presumido (*in re ipsa*). 2. "A aferição do dano moral, na maior parte das situações, não ensejará nenhum alargamento da instrução criminal, porquanto tal modalidade de dano, de modo geral, dispensa a produção de prova específica acerca da sua existência, encontrando-se *in re ipsa*. Isto é, não há necessidade de produção de prova específica para apuração do grau de sofrimento, de dor e de constrangimento suportados pelo ofendido; o que se deve provar é uma situação de fato de que seja possível extrair, a partir de um juízo baseado na experiência comum, a ofensa à esfera anímica do indivíduo." (AgRg no REsp 1.626.962/MS, Rel. SEXTA TURMA, julgado em 6/12/2016, DJe 16/12/2016). 3. In casu, observe-se que a presunção do dano é medida bastante razoável, até porque a abertura de instrução específica para comprovação dos danos morais, no caso, não seria profícua. Portanto, havendo pedido na inicial acusatória, é certo que o réu teve oportunidade de oferecer resposta à acusação e combater o pedido indenizatório. Mesmo que não tenha exercido o seu direito, não houve prejuízo à ampla defesa nem ao contraditório, pois lhe foi facultada a oportunidade de contestar. 4. Registre-se, ainda, que no caso específico de dano moral decorrente de violência doméstica, a jurisprudência desta Corte sedimentou-se, no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.675.874/MS e 1.643.051/MS, ambos de Relatoria do em. Min. Rogério Schiatti e submetidos ao rito dos recursos repetitivos, que "nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória." (Tese). 5. Agravo regimental não provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo AgRg no REsp 1675698 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2017/0134643-2. Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS. 5ª Turma. Julg. 22/05/2018. DJ 30/05/2018.)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS SOFRIDOS PELA VÍTIMA. ARBITRAMENTO A TÍTULO DE DANO MORAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção deste Sodalício, no julgamento do REsp 1675874/MS, submetido ao rito dos repetitivos, assentou tese segundo a qual "Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória". (REsp 1675874/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018) 2. Agravo regimental desprovido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo AgRg no REsp 1688041 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2017/0194367-5. Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. 5ª Turma. Julg. 17/04/2018. DJ 27/04/2018).

RECURSO REPETITIVO Tema 983. RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART.1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBITRÁRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça - sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º) - tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. 2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher. 3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal. 4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano - o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. 5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. 6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1675874 / MS RECURSO ESPECIAL. 2017/0140304-3. Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. 3ª Seção. Julg. 28/02/2018. DJ 08/03/2018). Insta ressaltar as palavras do Ministro Felix Ficher no seu voto vista: "(...) a simples relevância de haver pedido expresso na denúncia, a fim de garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, ao meu ver, é bastante para que o Juiz sentenciante, a partir dos elementos de prova que o levaram à condenação, fixe o valor mínimo a título de reparação dos danos morais causados pela infração perpetrada, não sendo exigível produção de prova específica para aferição da profundidade e/ou extensão do dano. O merecimento à indenização é ínsito à própria condição de vítima de violência doméstica e familiar. O dano, pois, é 'in re ipsa'. A reforma do processo penal, ao prever a regra do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, autorizando o juiz a fixar valor mínimo da indenização dos danos decorrentes da infração penal, teve, dentre outros objetivos, remodelar o papel da vítima no processo. O lesado passou a ter seus interesses (patrimoniais e extrapatrimoniais) tutelados, ainda que de modo parcial e acessório. Essa tendência de 'reposicionamento' da vítima se reflete na preocupação do sistema penal também com a responsabilidade civil (...). E tal caminho vem sendo reiteradamente acolhido por esta Corte Superior, ao admitir, tanto a fixação de danos morais na sentença penal condenatória, como a dispensa da exigência de quantificação do montante pretendido por ocasião do pedido, até mesmo para se evitar o desvirtuamento da finalidade precípua da ação penal, que diz respeito a elucidação da infração penal propriamente dita."



Lei 13.869/19 e o rito a ser observado no processamento

crimes de abuso de autoridade.

Rogério Sanches Cunha

- Promotor de Justiça/SP, atualmente assessorando o Procurador-Geral de Justiça.
- Professor da Escola Superior do MP de São Paulo e do Mato Grosso
- Professor de Penal e Coordenador Científico do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS - Cursos online)
- Criador do site: www.meusitejuridico.com
- Autor de obras jurídicas

O exercício da função pública deve estar balizado pela Constituição Federal, respeitando princípios, dentre os quais destacam-se a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, bem como direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Aliás, não sem razão foi criada a Lei 13.460/17, estabelecendo normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso I do § 3º do art. 37 da Constituição Federal.

Os excessos e arbitrariedades devem ser punidos em todas as esferas (penal, civil e administrativa).

É do interesse geral (inclusive – e mais ainda - do Estado) o normal funcionamento e o prestígio da Administração Pública, naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade e ao decoro funcional.

O agente, representante de um poder estatal, tem por obrigação principal e constante cumprir regularmente seus deveres, confiados pelo povo. A traição funcional, por meio do abuso, faz com que todos tenhamos interesse na sua punição, até porque, de certa forma, somos afetados por ela, ainda que indiretamente.

É neste contexto que nasce na nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19), tendo como finalidade anunciada modernizar a prevenção e repressão aos comportamentos abusivos de poder no trato dos direitos fundamentais do cidadão, colocando em mira a conduta de autoridades e agentes públicos.

Em suma, edifica-se proteção para as garantias constitucionais básicas do cidadão em relação aos agravos realizados por agentes do Estado. Para tanto, são criados novos tipos penais, reformados outros e incrementadas as penas.

No que se refere ao seu aspecto adjetivo, o art. 39 da Lei 13.869/19 anuncia:

Art. 39. Aplicam-se ao processo e ao julgamento dos delitos previstos nesta Lei, no que couber, as disposições do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Percebe-se na Lei de Abuso de Autoridade um padrão: os crimes ou são punidos com detenção de 6 meses a 2 anos, ou, quando mais graves, com 1 a 4 anos.

Para os de menor potencial ofensivo (pena máxima não superior a 2 anos), observar-se-á a Lei 9.099/95 (rito sumaríssimo). O procedimento investigatório deve ser o termo circunstanciado de ocorrência. Seu processamento se dá no Juizado Especial Criminal, admitindo todas as medidas despenalizadoras (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo).

Encerrada a investigação, e não sendo caso de arquivamento do procedimento investigatório, realiza-se audiência preliminar. Caso frustrado o consenso, e se a complexidade ou circunstâncias do caso permitirem, o Ministério Público oferecerá denúncia oral, seguindo o procedimento sumaríssimo (arts. 77 e ss. da Lei 9.099/95).

Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

De fato, o § 1.º do art. 77 estabelece a prescindibilidade do laudo de exame de corpo de delito “quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente”. É importante destacar que o preceito legal não afirma propriamente uma exceção ao que estabelece o art. 158 do CPP, quando este estabelece a indispensabilidade do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios. O exame de corpo de delito, como sabido, é o exame técnico a respeito de qualquer vestígio material deixado pela prática da infração penal. Sua formalização dá-se por meio de um laudo, firmado por perito oficial ou, na ausência deste, por duas pessoas idôneas com conhecimento na área técnica relacionada com o que ali se analisa (§ 1.º do art. 159 do CPP). Como bem explica Antonio Suxberger:

Ao afirmar que o boletim médico ou equivalente serve para demonstrar a materialidade do crime de menor potencial ofensivo, a Lei n. 9.099 assegura leitura específica ao regime da prova técnica no procedimento sumaríssimo. É dizer: não estabelece o suprimento da prova técnica para a demonstração da materialidade, mas verdadeiramente estende os critérios da simplicidade, da economia processual e da celeridade também à demonstração técnica da materialidade da infração. Por isso, a consideração como

RETORNAR AO ÍNDICE

suficiente do que seja o boletim médico ou equivalente para demonstração da materialidade do crime. Ainda assim, não há óbice a que, se necessário, seja determinada a realização de perícia formal. A ideia prevalente é a dispensabilidade do laudo, em atenção aos critérios da simplicidade e da celeridade, embora se exija algo equivalente (boletim médico ou prova equivalente) para demonstração técnica da materialidade da infração penal.

Haveria propriamente uma exceção ao que estabelece o art. 158 do CPP, caso se admitisse que declarações suprissem por completo a prova técnica sobre a materialidade do delito. Não é o caso. Para excepcionar a exigência de prova técnica (laudo) ou equivalente (nos termos da Lei n. 9.099), é preciso que o caso atraia a incidência do art. 167 do CPP, quando este autoriza que a prova oral supra a ausência da prova técnica apenas 'por haverem desaparecido os vestígios da infração'¹ .

A denúncia oral será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.

Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 da Lei 9.099/95 e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização.

Não estando presentes o ofendido e o responsável civil, serão intimados nos termos do art. 67 Lei 9.099/95 para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.

As testemunhas arroladas também serão intimadas na forma prevista no art. 67 a mesma Lei.

O número de testemunhas no procedimento sumaríssimo é de, no máximo, 5 (cinco).

No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, podem ser trabalhadas nesta oportunidade, antes da inauguração da audiência.

Não sendo o caso de renovação dos atos de consenso, aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia.

Havendo recebimento, instala-se o campo fértil para o contraditório e ampla defesa, ouvindo-se a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se, ao final, o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz. Sobre a dispensa do relatório, merece ser reproduzida novamente a lição de Antonio Suxberger:

"No procedimento sumaríssimo, não se exigirá da sentença a exposição de relatório do que ocorreu no processo, ou seja, fica a sentença ali proferida dispensada de indicar o que estabelecem os incisos I e II do art. 381 do CPP. Deveras, não há sentido que um procedimento orientado pela simplicidade e pela economia exija do julgador a formalização e registro da narrativa processual que, se observado o procedimento na sua estrita dicção legal, acabou de ocorrer exatamente em frente ao juiz prolator da sentença.

É certo que o procedimento sumaríssimo deve se orientar pelos critérios da simplicidade, da oralidade, da economia processual e da celeridade, como já repetimos exhaustivamente, nos termos do art. 62 da Lei n. 9.099. No entanto, a fundamentação da sentença é requisito próprio que deriva de comando constitucional, exatamente o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Tal advertência se presta a indicar que, ainda que os atos do JECRIM guardem maior simplicidade, a fundamentação da sentença observa o mesmo rigor de apreciação e motivação concreta, contextualizada e calcada na prova dos autos, que toda e qualquer sentença criminal ostenta. É dizer: a simplicidade do JECRIM não torna o ato decisório menos fundamentado ou de menor rigor na justificativa das razões pelas quais o julgador se convenceu da procedência ou improcedência do pedido condenatório² .

¹ Leis Penais Especiais. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, 2ª ed p. 1073.

² Leis Penais Especiais. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, 2ª ed p. 1080.

Para os demais crimes previstos na Lei (com pena de 1 a 4 anos), rotulados como de médio potencial ofensivo, mesmo que cometidos com violência ou grave ameaça, observar-se-á o Código de Processo Penal. Mas, nesse tanto, pergunta-se: **rito a ser seguido é o comum ordinário (arts. 394 e ss) ou especial dos crimes funcionais próprios (arts. 513 e ss)?**

Os crimes de abuso de autoridade são propriamente funcionais. É certo que a Lei 4.898/65 anunciava procedimento peculiar. Daí entender a jurisprudência, na época, que, praticado um crime de abuso de autoridade, não incidia a disciplina dos artigos 513 a 518 do CPP.

Entretanto, a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19), diferentemente da lei revogada, manda observar o CPP, no que couber. Parece-nos que, agora, para os delitos não abrangidos pela Lei 9.099/95, deve ser aplicado o rito próprio dos delitos funcionais (arts. 513 e ss do CPP).

Diante desse quadro, nos termos do art. 514 CPP, antes de receber a inicial acusatória, ao imputado deve ser garantida a oportunidade de oferecer defesa escrita, a qual poderá, inclusive ser instruída com documentos e justificações (art. 515, parágrafo único, CPP).

O ato preliminar de defesa é o traço marcante do procedimento em estudo, tornando-o, desse modo, especial. Permite-se ao denunciado por crime de natureza funcional responder preliminarmente aos termos da denúncia (ou queixa subsidiária), buscando convencer o Magistrado do descabimento da acusação feita ou da irregularidade da peça acusatória, trazendo à baila qualquer das matérias relacionadas no art. 43 do CPP.

Por ser privativa do servidor público, entendem doutrina e jurisprudência que o particular concorrente não faz jus à preliminar contestação. Do mesmo modo, se o acusado, por ocasião do oferecimento da denúncia ou queixa, já não for mais funcionário público, dispensável a concessão do contraditório nesta fase.

“O procedimento especial estabelecido nos artigos 513 a 516 do Código de Processo Penal não é aplicável ao servidor público aposentado. Circunstância omitida na impetração, mas comprovada documentalmente pelo Ministério Público Federal” (STF – HC n° 96058-SP, Rel. Eros Grau, j. 15.12.2009, DJe 30.04.2010).

A inobservância do disposto no artigo 514, para uns, é causa de nulidade relativa, devendo ser alegada

no tempo oportuno, comprovando o prejuízo, sob pena de preclusão.

Para outros, a notificação será necessária apenas nas hipóteses em que a denúncia vier instruída com documentos outros que não o inquérito policial, conforme permite o art. 513 do CPP (Súmula 330 STJ).

Contrariando as duas correntes acima, encontramos respeitáveis opiniões sustentando que a falta de notificação do acusado para responder, por escrito, aos termos da acusação, esteja ela instruída com documentos (ou mesmo inquérito policial), importa sempre em nulidade insanável do processo, ferindo o princípio constitucional da ampla defesa, presumindo-se, de modo absoluto, o prejuízo sofrido pelo denunciado.

Preferimos a primeira corrente. Como bem anotou o saudoso professor Mirabete:

“Não se compreende que, após uma sentença condenatória só pronunciada, em tese, quando há prova do crime e da autoria, após instrução contraditória, se anule o processo ab initio apenas por não ter sido concedida a possibilidade do acusado tentar comprovar, antes do recebimento da inicial, a inexistência de elementos para o oferecimento da denúncia ou queixa³” .

Encontramos decisões dispensando a formalidade do art. 514 do CPP quando a denúncia envolver, além do crime funcional, delito de outra natureza, ambos em concurso. Nesse sentido:

“A defesa preliminar, própria do procedimento dos crimes afiançáveis, supostamente praticados por funcionários públicos, não se aplica aos casos em que o paciente é acusado de um crime funcional, juntamente com outro crime comum, o qual é apurado mediante investigação prévia (inquérito policial ou procedimento de investigação preliminar presidido pelo Ministério Público), pois sua razão de ser é a possibilidade de o acusado impugnar os fatos constantes de documentos obtidos sem averiguação prévia. Precedentes do Supremo Tribunal Federal” (STJ – HC n° 171117-PE, Rel. Sebastião Reis Júnior, j. 23.04.2013, DJe 06.05.2013).

Advertimos que a apresentação da defesa não é obrigatória, podendo o acusado deixar escoar o seu prazo ou expressamente dele desistir.

³MIRABETE, Julio Fabbrini, Código de Processo Penal Comentado. São Paulo. Ed. Atlas. 2000. pg. 591.

Nos termos do art. 514, parágrafo único, se não for conhecida residência do acusado, ou se este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.

Contudo, ressaltamos que, na segunda hipótese - encontrando-se o réu-funcionário em local certo e sabido, porém fora da jurisdição do Juiz -, expressiva parcela doutrinária sustenta a sua não recepção pela atual Constituição Federal, por afrontar o princípio da ampla defesa nela gravado, havendo que se expedir, também nesse caso, precatória de chamamento e cientificação.

Durante o prazo concedido para a resposta, os autos permanecerão em cartório, onde poderão ser examinados pelo acusado ou por seu defensor (art. 515 CPP).

Percebe-se que a resposta preliminar pode ser oferecida pelo acusado ou seu defensor, constituído ou nomeado. Aliás, nesta última hipótese – defensor nomeado -, nada impede que o denunciado apresente posterior defesa, de mão própria ou por intermédio de defensor constituído, desde que dentro do prazo legal de 15 dias, prevalecendo sobre aquela.

Em que pese a letra da lei impedir à defesa a retirada dos autos do cartório, tal direito vem assegurado pela Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). Aliás, tal vedação fere o princípio constitucional da igualdade, impedindo às partes participarem do processo com as mesmas armas, ou seja, com os mesmos meios jurídicos igualmente eficazes para tornar efetivos os seus direitos de intervenção processual. Negar seu direito pode configurar, inclusive, crime de abuso de autoridade (art. 31 da Lei 13.869/19).

Apesar de não haver determinação expressa na lei, a praxe acabou por estabelecer nova vista ao Ministério Público para manifestar-se acerca da resposta apresentada pelo denunciado, estabelecendo-se o contraditório.

De posse da peça acusatória, contrariada ou não pela resposta preliminar do funcionário, o juiz analisará os seus pressupostos processuais e condições da ação, devendo, ante qualquer ausência insanável, rejeitá-la com fundamento no artigo 43 do CPP. Poderá rejeitá-la, ainda, se ficar convencido da inexistência do delito ou de que não foi o acusado o seu autor ou, por outra causa, concluir de imediato pela improcedência da demanda, motivando a sua decisão.

Contudo, entendendo presentes os indícios suficientes da autoria e prova da materialidade, o Juiz receberá a inicial.

Apesar de notificado anteriormente para apresentação da defesa vestibular, recebida a incoativa, será dado novo conhecimento ao réu-funcionário, agora da admissibilidade da acusação, chamando-o para se defender, na esteira do art. 396 do CPP.

Na instrução criminal, ainda que se trate de crime punido com detenção, o feito seguirá os passos do rito comum ordinário.