



HOMENAGEM AO

PROFESSOR SERGIO DEMORO HAMILTON



Revista do
Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro



HOMENAGEM AO

PROFESSOR SERGIO DEMORO HAMILTON

 **Revista do
Ministério Público**
do Estado do Rio de Janeiro

ISBN 978-65-88176-01-6

Rio de Janeiro
2020

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

Antônio do Passo Cabral	Guilherme Peres
Antonio Henrique Graciano Suxberger	Guilherme Sandoval Góes
Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara	Marcelo Machado Costa Lima
Clarissa Diniz Guedes	Márcio Carvalho Faria
Fernanda Medina Pantoja	Ronaldo Cramer
Fredie Didier Jr.	Sofia Temer

*A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
As reproduções fotográficas utilizadas no livro pertencem ao acervo do Centro de Memória.
A composição dos órgãos e das entidades constante nas páginas 3, 4, e 5 são a referentes ao
trimestre abrangido por este livro da Revista do Ministério Público.*

Tiragem: 3000 exemplares | Circulação Nacional
Pede-se permuta | *On demande l'échange* | *We ask for exchange*

Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080
Telefones/Fax (21) 2219-3370 e (21) 2219-3371
www.mprj.mp.br | e-mail: revista@mprj.mp.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Procurador-Geral de Justiça Clóvis Paulo da Rocha – IERBB/MPRJ

H765 Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton. Revista do
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro [livro digital]
/ Emerson Garcia (org.). – Rio de Janeiro, RJ: MPRJ, 2020.
879 f.

ISBN: 978-65-88176-01-6

1. Sergio Demoro Hamilton. 2. Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro. I. Garcia, Emerson (org.). II. Título.

CDD 340.08

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça

Eduardo da Silva Lima Neto
Subprocurador-Geral de Justiça de Administração

Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Ricardo Ribeiro Martins
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos

Marfan Martins Vieira
Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas

Virgilio Panagiotis Stavridis
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Ana Cintia Lazary Serour
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

Maria Cristina Palhares
dos Anjos Tellechea
Dalva Pieri Nunes
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Fernando Chaves da Costa
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
Sérgio Bastos Vianna de Souza
José Maria Leoni Lopes de Oliveira

Membros eleitos

Maria da Conceição Lopes
de Souza Santos
Patrícia Silveira da Rosa
Pedro Elias Erthal Sanglard
Sumaya Therezinha Helayel
Kátia Aguiar Marques Selles Porto
Maria Luiza de Lamare São Paulo
Marlon Oberst Cordovil
Ângela Maria Silveira dos Santos
Cláudio Henrique da Cruz Viana
Patricia Mothé Glioche Béze

Conselho Superior do Ministério Público

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Marcelo Daltro Leite
Walberto Fernandes de Lima
Lilian Moreira Pinho
Anna Maria Di Masi

Pelos Promotores de Justiça

Dennis Aceti Brasil Ferreira
Viviane Tavares Henriques
Galdino Augusto Coelho Bordallo
Vera Regina de Almeida

Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Ertulei Laureano Matos
Presidente

Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Georgea Marcovecchio Guerra
Diretor-Presidente

Centro dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

Editorial

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, com circulação nacional, periodicidade trimestral e distribuição gratuita, é uma publicação científica voltada à divulgação do conhecimento jurídico contemporâneo. Para tanto, congrega profissionais de distintas áreas, o que contribui para a oxigenação do debate e a sedimentação do pluralismo.

Criada em 1966 como órgão cultural do Ministério Público do Estado da Guanabara, recebeu o designativo *Revista de Direito*, tendo por objetivo servir de consulta a membros do Ministério Público, magistrados e advogados. Entre 1967 e 1974, foram publicados 20 números.

Com a unificação da Guanabara e do Rio de Janeiro, foi inaugurada, em 1975, a 2ª fase do periódico, quando passou a ser denominado *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Durante a 2ª fase, que se estendeu até 1990, foram publicados 32 volumes.

Em 1995, foi inaugurada a 3ª fase do periódico, sendo intitulado *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Em 1998, tornou-se Repositório Oficial do Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, em 1999, do Supremo Tribunal Federal.

Durante a 3ª fase, que perdura até o momento atual, foi iniciada, em 2015, uma nova *identidade editorial*. O periódico passou por uma extensa remodelação do seu formato, principiando pela capa e avançando pela organização interna, que começou a ser ornada com imagens coloridas. Também em 2015, foi publicada uma Edição Comemorativa dos aniversários de 20 anos da 3ª fase, 40 da 2ª fase e 48 da 3ª fase.

O volume que ora se oferece ao público é uma homenagem ao Procurador de Justiça Sergio Demoro Hamilton. Diretor da Revista nos períodos de fevereiro de 1978 a outubro de 1982, janeiro de 1995 a novembro de 2007 e janeiro de 2009 a janeiro de 2013, tornando-se o seu Diretor Honorário, é, igualmente, um dos grandes estudiosos do processo penal brasileiro.

Ao receber do Procurador-Geral de Justiça a incumbência de elaborar uma homenagem para o nosso célebre Diretor Honorário, o primeiro desafio foi o de definir o seu formato. Sempre tive a intuição de que grandes pensadores são autorreferentes. Em outras palavras, justificam-se a si próprios. Portanto, a simples divulgação dos trabalhos do nosso homenageado seria a principal forma de homenageá-lo. A partir dessa premissa e contando com a ampla e irrestrita adesão da equipe da Revista de

Direito, foi feito um minucioso levantamento dos textos publicados pelo homenageado nos últimos cinquenta anos, dos quais selecionei pouco mais de quatro dezenas. Ato contínuo, foram digitados e submetidos ao processo de revisão.

Embora não seja usual uma homenagem com esse perfil, eufemismo que utilizo para não afirmar que jamais me deparei com uma semelhante, disponibilizar à geração atual os trabalhos de Sergio Demoro Hamilton é não só uma forma de reconhecer a sua importância, como a prestação de um verdadeiro serviço de relevância social.

Estruturada essa parte da obra, passamos à próxima: a realização dos convites para que integrantes das mais variadas carreiras externassem suas reflexões sobre os trabalhos do homenageado. Trata-se de momento que exige dedicação intensa, já que a vida hodierna tornou o tempo um verdadeiro artigo de luxo. Muitos o almejam, mas poucos o possuem. Dificuldades à parte, mais de duas dezenas de colaboradores aderiram ao projeto e analisaram a influência da obra do homenageado sobre o processo penal brasileiro.

Com isso, a homenagem foi subdividida em três partes. Os textos da primeira parte buscam expor um breve relato sobre a vida e a obra do homenageado; a segunda parte é integrada por 42 artigos de sua autoria; e a terceira parte veicula 21 artigos, da lavra de destacados operadores do direito.

O material oferecido ao leitor preserva os objetivos que justificaram a criação da *Revista* há pouco mais de meio século: ser um manancial de ideias e um canal de reflexão, quer para juristas consagrados, quer para jovens promessas, veiculando uma diversidade de abordagens sobre o processo penal, todas marcadas pela sua indiscutível importância e elevado rigor científico.

Emerson Garcia

Diretor da Revista de Direito

Sumário

Apresentação

Palavras iniciais <i>José Eduardo Ciotola Gussem</i>	15
Sergio Demoro Hamilton e a Revista de Direito <i>Emerson Garcia</i>	17
Um breve testemunho <i>Cláudio Henrique da Cruz Viana</i>	19
Sergio Demoro Hamilton: Procurador de Justiça e Professor <i>Paulo Cezar Pinheiro Carneiro</i>	23
Discurso em homenagem a Sergio Demoro Hamilton proferido em outubro de 2019 por ocasião de solenidade na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ <i>Fernando da Costa Tourinho Filho</i>	29

Sergio Demoro Hamilton e o Processo Penal

Artigos de autoria do homenageado

A dúvida de atribuição e o princípio da autonomia funcional	35
A questão do Promotor <i>ad hoc</i>	41
Apontamentos sobre o conflito de atribuições	51
A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal	59
Reflexos da falta de atribuição na instância penal	77
O poder de requisição do Ministério Público e o Princípio da Verdade Real	87
A ilegalidade das VPIs, das sindicâncias, dos acautelamentos e quejandos	97
O inquérito policial no projeto de CPP	105
A importância do sigilo no inquérito policial	113
Réquiem para o sigilo no inquérito policial	119
Exame de corpo de delito – realidade e mito	131

O arquivamento no projeto de reforma do Código de Processo Penal	143
Alguns pontos ao art. 28 do Código de Processo Penal	153
O arquivamento definitivo	161
A ação penal no projeto de Código de Processo Penal	175
A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do Código de Processo Penal	183
A Técnica da Denúncia	189
Justa causa, um conceito polêmico	217
O aditamento provocado, uma heresia	225
A queixa subsidiária – questões controversas	237
A forma acusatória pura, uma conquista do Anteprojeto	251
A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia.....	257
Análise das alterações sofridas na legislação processual penal: os procedimentos — (II)	273
A reforma do Processo Penal	287
Visão crítica das modificações na legislação processual penal brasileira — a “prova” (I)	303
As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito	317
A invocação ao sobrenatural vale como prova?	331
Questões e questões de processo penal	341
O desaforamento (breves observações)	355
O novo regime legal do interrogatório.....	371
A chamada de co-réu e a nova disciplina legal do interrogatório.....	387
A presença do Ministério Público na ação penal privada	395
Reflexões sobre o exercício da Curadoria no Processo Penal	411
A técnica das alegações finais	423
Breves anotações sobre o art. 600 § 40 do Código de Processo Penal.....	441
O apelo contra a vontade do réu.....	453

O recurso do assistente do Ministério Público.....	459
A viabilidade do recurso adesivo no Processo Penal.....	469
A técnica do parecer	477
O parecer criminal do Ministério Público perante os Tribunais: ato essencial do processo	497
As ações de impugnação no projeto de Código de Processo Penal	505
A revisão criminal – cinco temas provocativos.....	513

O Processo Penal e Sergio Demoro Hamilton

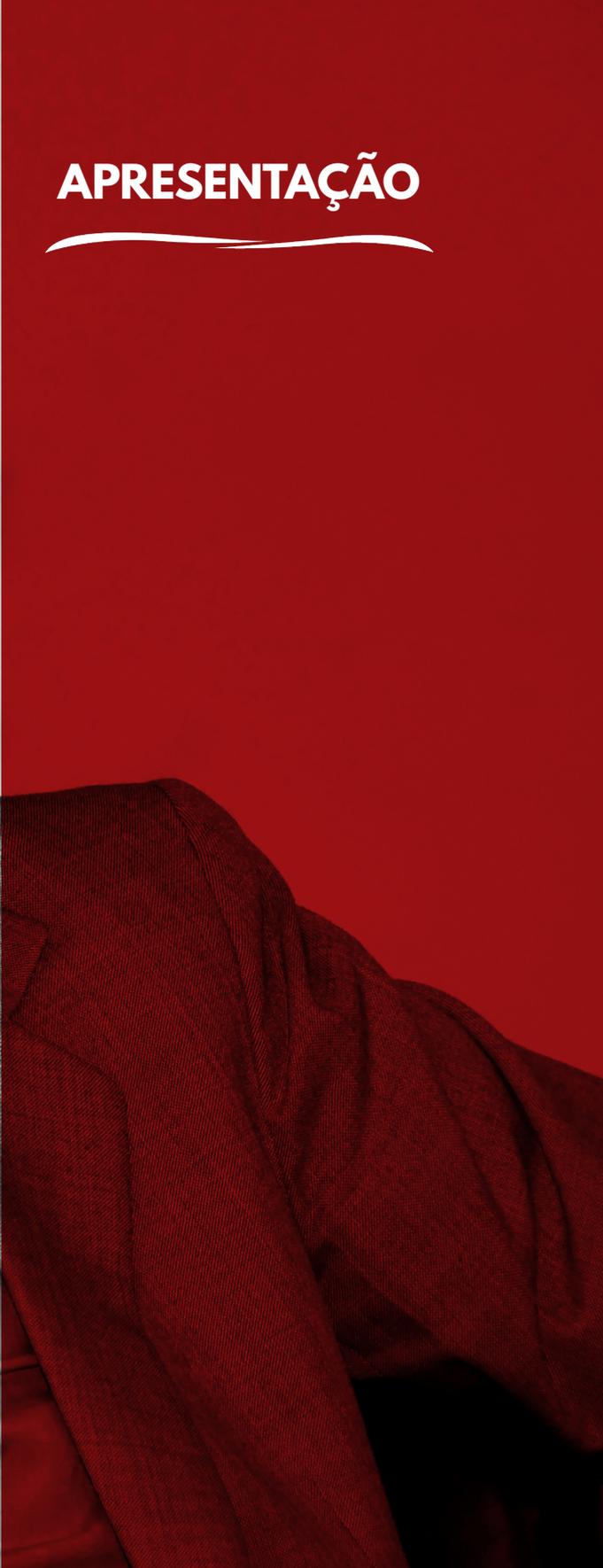
Artigos de autoria dos participantes da homenagem

Breves comentários ao artigo “A Invocação do sobrenatural vale como prova?” <i>Adolfo Borges Filho</i>	529
A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos <i>Afrânio Silva Jardim</i>	539
Contributo de Demoro ao processo democrático <i>Álvaro Mayrink da Costa</i>	547
Os intocáveis e o debate sobre limites: a produção da prova relativa à criminalidade de poder <i>Américo Bedê Júnior</i> <i>Gustavo Senna</i>	557
Investigação penal e princípio republicano: notas sobre controlabilidade <i>André Farah</i>	587
Discricionariedade persecutória: um debate antecipado por Sergio Demoro Hamilton <i>Antonio Henrique Graciano Suxberger</i>	611
Revisão criminal <i>pro societate</i> e obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos <i>Carlos Gustavo Coelho de Andrade</i>	625
A função instrumental do sigilo no inquérito policial <i>Caroline Ianhez</i> <i>Renee do Ó Souza</i>	649
Provas ilícitas <i>Eduardo Cambi</i>	663

Reflexos da falta de atribuição do Ministério Público: as origens do Princípio do Promotor Natural <i>Emerson Garcia</i>	679
Análise das alterações sofridas na legislação processual penal: soberania dos veredictos no Brasil <i>Henrique Ribeiro Cardoso</i> <i>Rafael Schwez Kurkowski</i>	691
A viabilidade do recurso adesivo no Processo Penal: reflexões a partir do texto de Sergio Demoro Hamilton e do Código de Processo Civil de 2015 <i>Humberto Dalla Bernardina de Pinho</i>	703
Um processualista além de seu tempo: estudo sobre “A técnica das alegações finais” <i>José Muiños Piñeiro Filho</i>	717
A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro e a celebração de acordo de colaboração premiada pela autoridade policial: um paradoxo que confirma a falácia <i>Kledson Dionysio de Oliveira</i> <i>Antonio Sergio Cordeiro Piedade</i>	739
Foro por prerrogativa de função na jurisprudência claudicante do Supremo Tribunal Federal <i>Marcelo Lessa Bastos</i>	757
A admissibilidade e a racionalidade da prova: reflexões a partir de dois textos de Sergio Demoro Hamilton <i>Robson Renault Godinho</i>	789
As origens do princípio da obrigatoriedade da ação penal <i>Rodrigo Leite Ferreira Cabral</i>	809
Demoro e a heterodoxia do sistema acusatório brasileiro <i>Rogério Pacheco Alves</i>	825
Do poder instrutório judicial e da sujeição a exame no sub-relatório do Projeto do Novo Código de Processo Penal <i>Sauwei Lai</i>	837
A dimensão atual das atribuições do Ministério Público na investigação criminal <i>Sebastião Sérgio da Silveira</i> <i>Paulo José Freire Teotônio</i>	847
O sigilo em investigações criminais ainda é importante? <i>Tulio Caiban Bruno</i>	865
Colofão	879



APRESENTAÇÃO



Palavras iniciais

*José Eduardo Ciotola Gussem**

Participar da apresentação desta publicação, concebida em homenagem a um dos mais competentes membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, será um registro sempre presente em minhas mais afetivas lembranças. É um momento singular, daqueles em que o exercício da Chefia Institucional não impõe ao seu titular tarefas de ofício ou deveres espinhosos. Ao contrário, quis o destino que a qualidade de Procurador-Geral de Justiça me reservasse a oportunidade de reverenciar a trajetória de uma personalidade tão ilustre e querida por todos.

Neste particular, devo também agradecer ao Desembargador José Muiños Piñeiro Filho, idealizador deste trabalho.

Sergio Demoro Hamilton pertence a uma categoria seleta de personalidades que, pelo brilhantismo e pela dignidade de caráter, transbordam os limites da existência individual e passam a simbolizar uma gama de conceitos positivos. Pessoas assim são referências atemporais, capazes de pautar comportamentos, serem exemplos.

O que dizer a um jovem Promotor de Justiça, recém ingresso em nossas fileiras, para lhe transmitir ímpeto, dedicação e espírito de bem servir a coisa pública. Diga, apenas, promova justiça como Sergio Demoro Hamilton. O que dizer a um professor, de modo a estimulá-lo a ser, a um só tempo, claro e profundo; genial e humilde. Diga, tão somente, espelhe-se no Professor Sergio Demoro Hamilton.

Toda e qualquer reverência endereçada ao nosso homenageado é, em verdade, um dever de gratidão. Um reconhecimento imperativo ao homem que dedicou grande parte de sua vida ao Ministério Público. Quatro décadas generosamente tributadas à função essencial de promover Justiça.

Sergio Demoro Hamilton desempenhou importante atividade acadêmica e de ensino superior, ministrando aulas e sendo autor de escritos jurídicos na área penal e processual penal, com particular ênfase a temas relativos à atuação do Ministério Público. Ao compartilhar seus ensinamentos, nosso homenageado deu contribuição essencial à formação da nata do pensamento jurídico nacional.

* Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Integrou, ainda, doze bancas de Concurso para Ingresso na Carreira. Uma delas, para mim, especial.

O destinatário desta homenagem deixou sua marca indelével na Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, sendo responsável pelo seu retorno à condição de repositório da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Mesmo após sua aposentadoria, em 2002, continuou dirigindo a Revista do MPRJ até o ano de 2013.

Pelo conjunto da obra, em 1993, foi reverenciado com a maior comenda institucional, o Colar do Mérito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

É sob as luzes e a inspiração do magistério de vida de Sergio Demoro Hamilton que os autores desta belíssima coletânea brindam à comunidade jurídica com escritos de inestimável valor doutrinário.

Por mais uma vez, obrigado Professor Sergio Demoro Hamilton!

Sergio Demoro Hamilton e a Revista de Direito

*Emerson Garcia**

A finitude da existência humana torna praticamente irrefutável a assertiva, tantas vezes repetida, de que as “pessoas passam e as instituições permanecem”. Em se tratando de instituição, como sói ser o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, cujos alicerces remontam à Relação do Rio de Janeiro, criada em 1751 por ato de D. José I e que já contava com um Procurador dos Feitos da Coroa e da Fazenda, igualmente Promotor de Justiça e Juiz das Despesas, a referida irrefutabilidade parece estar alicerçada na rocha.

Veza ou outra, pessoas formidáveis ascendem e iluminam certas instituições, contribuindo para delinear o seu perfil e conquistar uma respeitabilidade quase que indelével. Diversamente das demais, essas pessoas, que se apresentam em número reduzido e possuem brilho invulgar, não passam. Pelo contrário, permanecem reluzentes na memória dos colegas de profissão, entranhadas nas estruturas que ajudaram a construir, e indissociáveis dos valores que pacientemente contribuíram para cunhar.

Ao ingressar no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, há pouco menos de cinco lustros, no alvorecer dos meus 23 anos, encontrei o Procurador de Justiça Sergio Demoro Hamilton na Direção da Revista de Direito. Demoro, como o chamamos, não era apenas um Diretor, mas o artífice de uma verdadeira fênix.

Talvez soe estranho, mas o periódico fundado por Arnaldo Wald, que tivera Paulo Dourado de Gusmão como o seu primeiro diretor, cujo volume inaugural surgira em 1967 e pelo qual passaram consagrados juristas nacionais e estrangeiros, simplesmente deixara de circular entre os anos de 1991 e 1994. Coube a Demoro reiniciar o paciente trabalho de reconstruir uma estrutura que o tempo fizera definhar, e ainda utilizar o seu prestígio científico para recrutar colaboradores que pudessem colocá-la em evidência outra vez. Juristas como José Carlos Barbosa Moreira e Damásio Evangelista de Jesus aderiram com grande fervor ao projeto, tornando-o possível.

Em seu trabalho, paciente e dedicado, Demoro deu corpo à Revista e iniciou a sua fase áurea. Avançou como um desbravador. Não só assegurou a sua continuidade como ainda a tornou repositório autorizado do Superior Tribunal de Justiça, em 1998, e do Supremo Tribunal Federal, este último no ano seguinte. Sempre criterioso na seleção dos trabalhos científicos a serem publicados, não abriu as portas da Revista apenas aos

* Diretor da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

nomes já consagrados. Muito pelo contrário. Jovens promessas, ilustres desconhecidos no concorrido universo jurídico, tiveram seus textos acolhidos e publicados. O tempo se encarregou de reconhecer o seu valor e muitas delas alçaram voos elevados.

A vida de Demoro, em certa perspectiva, se entrelaça à da Revista. Entre janeiro de 1974 e setembro de 2012, nela publicou 39 artigos jurídicos. Antes mesmo de tê-la “ressuscitado”, já fora o seu Diretor entre fevereiro de 1978 e outubro de 1982, cargo que voltaria a ocupar em duas outras ocasiões: de janeiro de 1995 a novembro de 2007 e de janeiro de 2009 a janeiro de 2013. Em suas gestões, publicou 40 volumes da Revista, número bastante expressivo ao constatararmos que o periódico alcançará, ao fim de 2020, em seus 53 anos de existência, o total de 130 volumes.

O momento da saída de Demoro da Direção da Revista coincidiu com o meu ingresso. O primeiro ato que pratiquei, um verdadeiro imperativo categórico – e aqui tomo emprestado um poderoso recurso da filosofia kantiana –, considerando a magistral confluência do ser e do fazer que nele se amoldavam com harmonia invulgar, foi o de convidá-lo a se tornar Diretor Honorário. Convite aceito, o galardão fora conquistado! Galardão, e isto é importante frisar, não de Demoro, mas da Revista, que perenizou um verdadeiro símbolo de sua existência.

Há muito a ser dito sobre Sergio Demoro Hamilton, mas palavras dificilmente serão capazes de retratar a sua importância para a Revista de Direito. Nem mesmo esta singela homenagem o é. Dificuldades à parte, todos os colaboradores, sensíveis à sua importância para o processo penal brasileiro, somaram forças em prol de um objetivo comum. Afinal, como nos ensinam as Escrituras (Rm 13, 7), *honra a quem tem honra*.

Um breve testemunho

*Cláudio Henrique da Cruz Viana**

Ao receber o convite para fazer a apresentação do homenageado nessa obra, o professor Sergio Demoro, senti-me desafiado e muito honrado. Assim, como seu aluno, discípulo e amigo, ousou prestar um singelo testemunho, sem a pretensão de desfolhar seu vasto currículo, mas reavivar algumas memórias partilhadas desse homem singular.

Conheci Sergio Demoro Hamilton ainda como estudante de Direito. Naquela época, meados dos anos 80, a minha relação com o professor aconteceu através dos livros, nas primeiras lições de processo penal. Nesse momento, surgiam os primeiros traços de admiração pela sua escrita e por sua capacidade única de tornar claros assuntos complexos.

O doutor Demoro sempre fez questão de escrever e aprofundar temas originais, de maneira vanguardista. Tratar de assuntos que os demais autores anteriormente haviam se debruçado, na minha percepção, nunca fez sentido para ele. Dono de sólida cultura jurídica, seus inúmeros artigos e livros traduzem, com clareza e simplicidade, os mais complexos assuntos. Desde quando ingressou como professor em 1962 na Universidade Católica de Petrópolis, o seu prazer sempre foi ajudar seus alunos e leitores no aprendizado, por isso os seus textos, em que pese a profundidade, são acessíveis aos iniciantes nos estudos jurídicos.

O Professor e Procurador de Justiça Paulo César Pinheiro Carneiro, um de seus alunos e discípulo das primeiras gerações, testemunha a preocupação de Sergio Demoro com a novidade. “Suas aulas, especialmente nos cursos preparatórios para ingresso nas carreiras jurídicas, não se limitavam a simples lições tradicionais de processo penal. Temas virgens e questões de alta indagação sempre faziam parte de um tempo de sua aula, que seus alunos diziam ser a ‘hora do *champignon*’”.

Como candidato no XII Concurso Público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 1992, o professor Sergio Demoro foi meu examinador de processo penal, ocasião em que pude conhecê-lo pessoalmente. Descobri durante o certame, notadamente nas provas orais, que doutor Demoro era também exímio julgador. Não por acaso que participou de 12 bancas examinadoras para o Ministério Público do Rio de Janeiro, além de muitas outras. Durante o concurso, pude experienciar

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Apresentação de Paulo César Pinheiro Carneiro aos *Contributos em Homenagem a Sergio Demoro Hamilton*, obra organizada por Alexander Araújo de Souza e Décio Alonso Gomes, publicada em 2009 pela Lumen Juris.

a sua didática e atenção com os candidatos, buscando extrair o conhecimento sempre com firmeza e tranquilidade.

Após aprovado no certame, passei a conviver com o Procurador de Justiça Sergio Demoro como colega de Ministério Público. Inicialmente, o procurava para tirar aquelas dúvidas que, para mim, pareciam insolúveis ou buscar respaldo para teses jurídicas que um Promotor de Justiça recém-empossado não tinha segurança em sustentar. Descobri que o experiente Procurador de Justiça tinha outra característica, era um grande incentivador das novas gerações.

As dúvidas e inseguranças próprias da inexperiência no exercício do cargo sempre foram tratadas com grande respeito pelo doutor Demoro, que nunca dava respostas apressadas. Todos aqueles que buscavam suas opiniões e ensinamentos certamente ouviram o “acalmai-vos, meu jovem”. E muitas vezes, se a pressa era demasiada, “acalmai-vos 10 vezes, meu jovem, acalmai-vos”. Além de aprender sobre o assunto duvidoso, entendia-se que todas as questões jurídicas a nós submetidas eram merecedoras de acurada reflexão, afinal, por trás delas quase sempre havia a angústia do jurisdicionado, um drama humano. Por isso, o seu gabinete de trabalho, seja no Fórum ou na Revista de Direito do Ministério Público que dirigiu por longos 17 anos, era local muito frequentado.

O Procurador de Justiça Celso Fernando de Barros, amigo e colega de Ministério Público do doutor Demoro, ressalta que “de Sergio Demoro pode-se dizer que pensa, escreve e ensina com clareza e vigor tomista; trabalha, sopesa, avalia, corrige com percuciência de beneditino; comunica-se e convive em pura simplicidade franciscana. Daí a irretocabilidade de suas lições. Tudo que Demoro diz ou escreve, na seara do Processo Penal, é fruto de severa cogitação, criticada, corrigida, numa busca sincera de dar de si o melhor. Dele se pode dizer que ‘trabalha, e teima, e lima, e sofre, e sua!’”, como no soneto de Bilac.²”

O Procurador de Justiça Sergio Demoro, que, aos 23 anos de idade, ingressou no Ministério Público do antigo Estado da Guanabara, dedicando-se com afinco à instituição por quase 50 anos de sua vida, sempre foi uma inspiração para as novas gerações de promotores de justiça, por seu comprometimento, dedicação e espírito público. Com ele, aprendemos que o Ministério Público deve ser uma ponte, não um fim, e os melhores promotores e procuradores são descobertos nos arquivos, pois a excelência do seu trabalho não é direcionada aos holofotes.

No momento em que aprofundi meu contato com o professor, passei a conhecer a grande figura humana que é Sergio Demoro Hamilton. Além de insigne mestre e brilhante Procurador de Justiça, doutor Demoro tem sólida formação filosófica e teológica. Os longos anos de estudos nos Colégios Zacarias e Santo Inácio, convivendo com os

² Prefácio de Celso Fernando de Barros aos *Contributos em Homenagem a Sergio Demoro Hamilton*, obra organizada por Alexander Araújo de Souza e Décio Alonso Gomes, publicada em 2009 pela Lumen Juris.

Barnabitas e Jesuítas, respectivamente, a quem se refere com lembranças carinhosas, deixaram uma inexorável marca em sua personalidade. Ele sabe como poucos utilizar a fé e a razão como duas asas pelas quais pode se elevar, sem jamais se distanciar do que acontece com o seu próximo nas jornadas diárias.

A partir de então, deixei a posição de aluno-leitor, admirador da cultura e discípulo de Ministério Público, passando à condição de amigo. Nossas longas conversas já não eram apenas sobre processo penal e Ministério Público. Conheci sua diletta família: sua irmã, dona Maria da Glória Demoro Hamilton, e seu sobrinho-filho, Eduardo Demoro Hamilton, de saudosa memória. Pude vivificar, também, sua dedicação e amor fraternal e paternal dispensados a eles. A família e os amigos para o Doutor Demoro são dignos de constante preocupação e solidariedade. Ele costuma dizer, com bom humor, que os amigos devem ser como Cireneus, fazendo-se presentes nos momentos mais difíceis uns dos outros.

E assim termino esse breve testemunho realçando a melhor das virtudes de Sergio Demoro Hamilton, seja como mestre, seja como promotor/procurador de justiça, seja como amigo: a generosidade. Está sempre disposto à magnanimidade, a compartilhar por bondade, desinteressadamente. Pode-se dizer que vive procurando, com discrição, fazer o bem, sendo merecedor de todo o reconhecimento e gratidão.

Rio de Janeiro, 23 de janeiro de 2020.

Sergio Demoro Hamilton: Procurador de Justiça e Professor¹

*Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**

Falar do professor Sergio Demoro Hamilton é falar de um período importante da história do Ministério Público brasileiro e da academia jurídica. É falar de uma figura humana ímpar, simples, pura, querida de todos, amigo leal, gigante de qualidades.

Nasceu vocacionado para ser promotor de justiça e professor de direito. Formar discípulos é uma das suas características mais marcantes. Sergio Demoro tem um verdadeiro séquito de promotores e procuradores de justiça que se inspiraram e ainda se inspiram – discípulos dos seus discípulos – no seu labor ministerial. Alunos de Direito, certamente, já perdeu a conta. São tantos que o Mestre formou, preparou para concursos públicos, tantas “gerações”, que é impossível quantificá-los. Formou uma verdadeira escola de promotores de justiça e de professores de direito processual, que continua a cultivar com imenso carinho e prazer.

O gabinete da Revista de Direito do Ministério Público do Estado Rio de Janeiro, na época em que o Mestre o dirigia, era um verdadeiro centro de peregrinação de seus amigos e discípulos.

Ingressou no Ministério Público do antigo Estado da Guanabara através de concurso público no ano de 1961, com 23 anos de idade. Foi Defensor Público – cargo inicial da carreira do Ministério Público do antigo Estado da Guanabara – perante as varas criminais de contravenções penais, de família, de órfãos e sucessões e do juizado de menores. Promovido a Promotor de Justiça, atuou em inúmeras varas criminais e ainda, no lugar considerado de sua predileção, na vara de execuções penais do Rio de Janeiro. Na área cível, Sergio Demoro atuou junto às curadorias de família, de registro civil, de ausentes, de massas falidas, de resíduos (a sua predileta) e de registros públicos, devendo destacar que neste último órgão de atuação foi, à época, afastado do exercício, por ter mantido firme a sua independência em processo que foi alvo de ingerências políticas. Foi promovido a Procurador de Justiça no ano de 1982, exercendo a procuradoria, inicialmente, junto à primeira câmara criminal do Tribunal de Alçada até o ano de

¹ Este trabalho é dedicado à memória de Eduardo Henrique Demoro Hamilton.

* Aluno da primeira geração do Professor Sergio Demoro Hamilton. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (aposentado).

1987 e, a partir daí, junto à terceira câmara criminal do Tribunal de Justiça até o ano de 2002, ocasião em que foi aposentado compulsoriamente por limite de idade.

As palavras de seu colega e outro notável membro do *Parquet*, Celso Fernando de Barros, que exerceu inclusive a Procuradoria-Geral de Justiça, sintetizam a atuação de Sergio Demoro Hamilton no Ministério Público, *verbis*:

São centenas, na verdade milhares de intervenções primorosas definitivamente sepultadas no silêncio dos arquivos. A esse respeito, é impossível não destacar o desempenho, que me parece mais luminoso de sua carreira, que foi o exercício da Promotoria de Justiça da vara das execuções criminais do então estado da Guanabara. O acesso que tive a seu trabalho, na impossível tarefa de substituí-lo, constitui o mais edificante exemplo de competência e espírito público, que conheci em toda minha vida profissional.²

Mas não foi só nos órgãos de execução que Sergio Demoro dedicou os momentos mais importantes da sua vida. Participou de 12 bancas de concurso para o ingresso no Ministério Público do Estado, como examinador titular de direito processual penal, sendo o primeiro deles em 1969, ainda no antigo Estado da Guanabara quando era um jovem promotor substituto, seguindo-se os demais, intercaladamente, até o ano de 1997.

Examinador tranquilo, firme, nunca se preocupou com a plateia, mais sim com o candidato, com o qual sempre mantinha uma relação do mais absoluto respeito, além de buscar aquilo que ele realmente sabia. Não conheço nenhum colega do Ministério Público que tenha passado pelas mãos de Sergio Demoro Hamilton – e não são poucos –, nos diversos concursos que ele examinou, que não reconheça a sua atuação absolutamente imparcial, como um mestre que procurava encontrar, dentro do limite do possível, seu futuro colega.

Muito mais do que isso, o professor Sergio Demoro doou uma parte muito importante da sua energia, da sua habilidade para dirigir a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Foram vários períodos que totalizam cerca de 22 anos à frente do mais importante veículo cultural do *Parquet* fluminense, do qual é diretor honorário.

A Revista se confunde com aquele que lhe deu forma e esteve à sua frente por vários anos, tanto em épocas boas, quanto nas de grandes dificuldades, transformando-a em uma publicação de expressão nacional.

² Da apresentação do livro *Temas de Processo Penal*, de Sergio Demoro Hamilton, publicação da Lumen Juris, segunda edição, 2000.

Posso testemunhar, por ter tido a honra de trabalhar como assistente do professor na Revista nos idos de 1980 e, posteriormente, como diretor indicado pelo próprio Mestre (1982), que as dificuldades eram tantas, notadamente de pessoal, que eu e ele tínhamos que colar selos na sobrecapa das revistas e depois levá-las pessoalmente para o correio. Quando as dificuldades aumentaram, foi necessário a realização de um convênio com a então imprensa oficial para que as revistas continuassem a ser publicadas. O Professor nunca esmoreceu, crescia nas dificuldades, sempre determinado a fazer da revista o melhor. Certa ocasião aconteceu um fato pitoresco. As revistas eram entregues e ficavam empilhadas até o teto do corredor do segundo andar da antiga sede do Ministério Público, na Avenida Nilo Peçanha, nº 12. Estava eu revendo um artigo quando ouvi um estrondo imenso no corredor. Saí correndo e encontrei o Mestre praticamente soterrado pelas revistas que tinham desabado.

Posso afirmar, sem medo de errar – pelo privilégio que tenho de ser seu amigo e ter convivido por tantos anos com o Mestre –, que a Revista de Direito do Ministério Público sempre foi a menina dos olhos de Sergio Demoro Hamilton. Por sorte nossa, a aposentadoria não foi capaz de afastá-lo da direção deste importante órgão do MP fluminense, que continuou exercendo até o ano de 2013.

O Professor e a sua obra

Demoro começou também muito cedo no exercício do magistério. No ano de 1962, ingressou na Universidade Católica de Petrópolis, alcançando a titularidade da cadeira de direito processual penal. A partir de 1982, o professor Demoro passou a exercer a titularidade de processo penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula. Foi também professor da Faculdade de Direito da UniverCidade – RJ e da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho, além de ter lecionado em diversos cursos preparatórios para concursos de ingresso em carreiras da área jurídica.

Obteve o grau de Doutor pela antiga Faculdade Nacional de Direito do Distrito Federal. Sua turma era composta de nove alunos, mas somente dois conseguiram concluir o curso de doutorado.

Quem teve o privilégio de ter sido seu aluno não pode deixar de lembrar a preocupação do professor Sergio Demoro com a perfeição e com a novidade. Suas aulas, especialmente nos cursos preparatórios para ingresso nas carreiras jurídicas, não se limitavam a simples lições tradicionais de processo penal. Temas virgens e questões de alta indagação sempre faziam parte de um tempo de sua aula, que seus alunos diziam ser a “hora do champignon”. Não foram poucas as vezes, especialmente nas acaloradas discussões de questões instigantes, que o professor, antes de concluir o seu pensamento, dizia “acalmem-se, vou meditar sobre o tema”. Na aula seguinte, lá estava ele com a solução.

Sua obra, toda ela de estudos de direito processual, originalíssima, representa o reflexo da reunião do mestre que instigava seus alunos e o escritor que, nas palavras de seu ex-aluno Alexander Araújo de Souza – não sei mais se da segunda ou da terceira geração de discípulos –, “encanta pela clareza, pela elegância e pela simplicidade no trato profundo de questões intrincadas, provocativas e originais”. “A propósito, a originalidade com que cuida dos temas e institutos do direito processual penal não é encontrada – sem qualquer demérito para os grandes autores de obras exegéticas, comentários, instituições ou cursos: além disso, está muito à frente de seu tempo”.³

Seu primeiro livro veio a lume por uma exigência de seus alunos e admiradores no ano de 1998: *Temas de Processo Penal*, pela editora Lumen Juris. Os estudos que compõem este magnífico livro demonstram toda a exuberância do pensamento de Sergio Demoro Hamilton. O trabalho *Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal*, escrito no ano de 1979, tratou pela primeira vez em todo o Brasil do tema sobre o “promotor natural”, intitulado na sua obra como “promotor legal”. As palavras do professor Fernando da Costa Tourinho Filho, especificamente sobre este trabalho, falam por tudo e por todos:

E como gostei do seu trabalho! Simplesmente magistral. A comparação entre “o Juiz legal” e o “Promotor legal” foi perfeita. São coisas que, à primeira vista, não são percebidas. Somente na mansuetude da “Casa alta” é que se “bolam” tais coisas. Para sorte minha, você também é do MP. (...) Daqui para frente, serei obrigado a tirar o chapéu quando vir um trabalho seu⁴.

Fazem parte também desta sua primeira obra outras preciosidades, tais como *Apointamentos Sobre o Conflito de Atribuições*, trabalho também pioneiro sobre a atribuição do Ministério Público; *A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada*; *Vestígios da Jurisdição Voluntária no Processo Penal*, na qual o professor aponta casos típicos de jurisdição graciosa no processo penal; *Justa Causa* – Um conceito Polêmico; e tantas outras.

Seu segundo livro, *Processo Penal, Reflexões*, editado pela Lumen Juris em 2002, segue o mesmo caminho do primeiro, tendo como norte a originalidade e uma dose de ousadia, apresentando temas novos e polêmicos. Os estudos sobre *As Provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito* são verdadeiros primores. Outras novidades importantes encontram-se nos trabalhos: *Revisitando o Aditamento a Queixa*; *A Queixa Subsidiária* e *A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia*. A dose de ousadia está presente no seu instigante trabalho sobre “A Viabilidade

³ Alexander Araújo de Souza na apresentação do livro de estudos de processo penal do professor Sergio Demoro, terceira série, editora Lumen Juris, 2007.

⁴ Carta particular escrita por Tourinho para o professor Demoro, confiscada pelos seus alunos.

do Recurso Adesivo no Processo Penal”. *Last but not least*, um trabalho sobre o seu tema predileto: *A dúvida de Atribuição e o Princípio da Autonomia Funcional*.

Na sua terceira obra – *Estudos de Processo Penal, Terceira Série*, editado também pela Lumen Juris, em 2007, o professor Sergio Demoro continua com as novidades, versando sobre várias matérias, raramente tratadas nos livros, com a clareza e a originalidade que lhe são peculiares. Destaco, desde logo, as novidades, entre as quais *O Novo Regime Legal do Interrogatório; A Revelia Premiada e o Sentido da Expressão Prova Urgente e Novas Políticas Públicas de Combate a Criminalidade*. Mesmo em temas já conhecidos, o professor Demoro consegue ser original, trazendo novas propostas, novos enfoques, como demonstram os seus trabalhos *Breves Anotações Sobre o Interesse de Agir no Processo Penal* e *Alguns Pontos ao Artigo 28 do Código de Processo Penal*. Preciosos são também os trabalhos *Novas Questões de Processo Penal, Forma e Formalismo Abstruso; A Revisão Criminal – Cinco Temas Provocativos; A Discutível Constitucionalidade do Artigo 385, in fine, do Código de Processo Penal* e, como não podia deixar de ser, mais um trabalho sobre atribuição, intitulado *A Taxatividade das Atribuições do Assistente do Ministério Público*.

O quarto livro da sua série de estudos prima, como os demais, pela elegância na redação, a originalidade dos trabalhos e a profundidade com que os temas são abordados. Na realidade, existe um fio condutor, ininterrupto, repleto de energia, a ligar todo o conjunto das obras do professor Demoro.

Começo pelo primoroso estudo *O arquivamento definitivo*. O Mestre conseguiu a um só tempo tratar de forma absolutamente inovadora o instituto do arquivamento, com uma nova roupagem, distinguindo o provisório, que pode ser reaberto em vista de novas provas, do definitivo, que tem por base verdadeira sentença de mérito, a desafiar recurso de apelação pelo ofendido, como também pelos seus representantes legais ou sucessores, se for o caso.

Segue-se um estudo literalmente sobrenatural, na sua aceção mais ampla: *A invocação ao sobrenatural vale como prova?*. Neste trabalho, o professor aborda uma delicadíssima questão: a possibilidade da admissão e da valoração da prova obtida através de documento psicografado. Relata experiências e fatos conhecidos, que trazem grande perplexidade sobre qual deva ser o tratamento mais adequado para este tipo de prova. No estudo, como em todos os outros, o professor não impõe a sua opinião, mas, antes, convida o leitor para uma reflexão séria e científica acerca das questões abordadas.

O estudo sobre *A razoável duração do processo e seus reflexos no Processo Penal* demonstra a permanente preocupação do Mestre com o tempo, apresentando várias sugestões, desde a adoção, relativizada, do sistema norte-americano da *plea bargaining* – um espaço para o consenso – à necessidade de pesquisas para identificar os verdadeiros gargalos do nosso sistema, além de inúmeras outras propostas sobre recursos, Tribunal do Júri, matéria probatória etc.

Mas não é só. A preocupação do professor Sergio Demoro Hamilton transcende o estudo de temas pontuais, apresentando tópicos que estão na ordem do dia, especialmente a reforma da legislação processual penal brasileira, com quatro magníficos estudos sobre tal tema: *Visão crítica das modificações na legislação processual penal brasileira* – a “Prova”; *Análise das alterações sofridas na legislação processual penal: os procedimentos*; *O procedimento do júri em face da reforma do Processo Penal*; e *O arquivamento no Projeto de reforma do Código de Processo Penal*.

Os livros escritos pelo Prof. Sergio Demoro demonstram toda a sua pujança intelectual, elevando-o ao patamar de um dos maiores processualistas penais do país, em todos os tempos.

A homenagem

A mais bonita e espontânea homenagem que tive oportunidade de assistir ocorreu por ocasião de um evento, concorridíssimo, de desagravo a um promotor de justiça, realizado em 2008 no grande salão de palestras do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no qual o nome do professor Sergio Demoro Hamilton foi mencionado como um exemplo para todos, concentrando na sua figura todos os grandes nomes que contribuíram para que o Ministério Público pudesse alcançar a independência, a importância e o prestígio que tem nos dias de hoje. Naquela ocasião, foi lembrado que a memória de uma instituição não pode ser esquecida e aqueles que pavimentaram o caminho com tanta luz, sacrifício e esforço devem ser sempre lembrados, pois permitiram que os mais novos pudessem, usando a expressão de Chersteston, subir em seus ombros para enxergar mais longe. A ovação que se seguiu a menção do nome do professor Sergio Demoro Hamilton com todos os seus colegas, alunos, amigos e outras personalidades, aplaudindo-o de pé por vários minutos, foi um momento inesquecível, uma homenagem única e espontânea, recebida pelo Mestre como um dos momentos mais marcantes de sua vida. Valeu a pena!

Discurso em homenagem a Sergio Demoro Hamilton proferido em outubro de 2019 por ocasião de solenidade na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

*Fernando da Costa Tourinho Filho**

Senhor Presidente

Eminentes Desembargadores(as)

Meu Rei

Eminentes Professores

Nobre Procurador-Geral de Justiça

Senhores e Senhoras

Zelo secretária

Caríssimo Demoro,

Embora ausente, fisicamente, sinto sua presença no coração para estreitá-lo num abraço amigo e parabenizar a todos quantos tiveram a luminosa ideia de homenageá-lo. Tal como se diz do Flamengo: uma vez Flamengo, sempre Flamengo. E nós, que fomos do MP, também sabemos: uma vez MP, sempre MP. O Ministério Público, aqui no Rio de Janeiro, encontrou em você sua figura mais representativa. Você é a alma dessa nossa Instituição. Você deita, acorda, almoça, janta, respira e não consegue tirar da sua cabeça privilegiada o amor e a dedicação ao nosso querido Ministério Público, seja do Rio de Janeiro, onde perolaram Cordeiro Guerra, Hamilton Carvalhido, Afrânio Silva Jardim, Adolfo Lerner, Pinheiro Carneiro, e ainda perolam muitos outros. Até há pouco tempo, até o nosso Paulo Rangel.

A instituição forja o caráter e a ética daquele que consegue nela adentrar. Mesmo quando a pessoa dela se afasta por aposentadoria, como é o seu caso, se vier a exercer a advocacia, será um péssimo advogado, embora você não o houvesse sido, quando, ainda mocinho, cheio de esperança, escrevia-se na OAB do Rio de Janeiro sob o nº 8.206 de 1957. É que a instituição a que pertencíamos nos deu uma visão bem diferente da vida em

* Promotor de Justiça aposentado do Ministério Público de São Paulo. Professor de Direito Processual Penal da Universidade de Araraquara, SP (UNIARA).

sociedade: estupro, tráfico de drogas, roubo, latrocínio, organização criminosa, corrupção, sequestro são condutas delituais que ficam a mais de cem léguas da nossa compreensão. Nossos caracteres foram firmados em alicerces bem caldeados e não conseguimos nos arredar um palmo sequer daquele estilo de vida que o Ministério Público deixou impregnado em nosso ser. Não foi por acaso que, em 14 de dezembro de 1993, você recebia, ante os aplausos de todos, o Colar do Mérito do Ministério Público do Rio de Janeiro, honraria a poucos concedida.

No campo do processo penal, desde o seu ingresso como Prof. Titular da Cadeira de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis no período de 1961 a 1975, da Universidade Gama Filho, de 1970 a 1978, da Universidade Santa Úrsula, iniciado em 1982, foi fecunda sua atividade: participou, por diversas vezes, com brilho invulgar, em comissões examinadoras para provimento de cargos públicos na carreira do Ministério Público de 1992. Pulicou diversos trabalhos jurídicos em revistas especializadas: Revista da Universidade Católica de Petrópolis, da Procuradoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro, Revista de Direito Penal do Rio de Janeiro, Justitia de São Paulo, Jurispenal do STF, Revista de Polícia do Rio de Janeiro, Revista Forense, Arquivos do extinto Tribunal de Alçada do Rio, Dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas, Livros de Estudos de Estudos Jurídicos e tantos e tantos outros trabalhos de vulto. Participou em diversas Comissões Técnicas. Entre elas, a de 1974, formada pela Gama Filho para dar sugestões ao anteprojeto do CPP na parte articulada com a execução penal; membro do Ministério Público, no Hotel Glória, em setembro de 1983, por iniciativa da Faculdade de Direito Estácio de Sá; membro do III Congresso Internacional de profissionais do Direito para o exame do tema “A modernização do Direito Processual Penal”. Presidiu a comissão instituída pelo Processo Penal. Realizou inúmeras palestras, destacando-se, entre outras, aquela monumental realizada em 5 de agosto de 1983, na FESP, Av. Carlos Peixoto, 54, em Botafogo, Rio, sobre a “Atuação do Promotor de Justiça na Área Criminal”. Teve funções de direção em órgão cultural. E a tal ponto chegou seu prestígio intelectual e seu valor dentro no Ministério Público que, em 10 de abril de 1996, foi elogiado pelo Conselho Superior do Ministério Público. Elogiado individualmente por Cordeiro Guerra, Arnold Wald e Nerval Cardoso, ex-Procuradores-Gerais Amaro Cavalcanti Linhares, Hermano Odilon e Hamilton Carvalhido.

Os mais novos pouco sabem disso.

E hoje, meu caríssimo Demoro, depois de tantas glórias, você deve estar insatisfeito e estupefato com o mundo em que vivemos. Não lhe passava por essa cabeça privilegiada que, um dia, surgissem em nossa santa terrinha todos esses amontoados de erros, desonestidades encobertas, conchavos desprezíveis, impunidade dos potentados, compensações ignominiosas de desrespeitos acintosos ao direito da maioria, as falcatruas, a imoralidade de quem deveria pregar a moralidade, a pouca vergonha da política

nacional, tudo isso nos causa uma desesperança, principalmente a você, Demoro, que, na sua decência moral, sempre quis e desejou não apenas o seu Rio de Janeiro, mas todo o Brasil agindo dentro na lei e com a lei, porque, fora da lei, como dizia o velho Ruy, não havia salvação...

Mas não somos culpados pelo descrédito em que caíram muitas das nossas instituições *soi-disant* democráticas. Apenas estamos assistindo atônitos, à semelhança de muitas das nossas gerações, a essa luta objetivando o poder. Luta de gananciosos, inescrupulosos uns, finórios outros, antipatriotas todos. A corrupção anda às soltas. Uma enxurrada de safadezas nos enodoa, importando os meios e instrumentos, dão bem uma amostra da maioria dos nossos homens públicos.

Consola-nos ao menos a certeza da que nada permanece na imutabilidade incessante de todas as coisas. Já o fizera sentir o nosso Vieira, num dos seus formosos sermões, advertindo a obstinação endurecida pela vaidade humana:

“Nem a primavera com as suas flores, nem o estio com as suas espigas, nem o outono com os seus frutos, nem o inverno com os seus frios por mais tolhido e entorpecido que pareça, podem estar parados no momento. Passam os séculos. Não há pedra, nem telha, nem planta, nem palmo de terra na terra que não esteja sempre passando, porque tudo passa.” E um dia virá a bonança e ainda teremos um Brasil decente, como você sempre desejou.

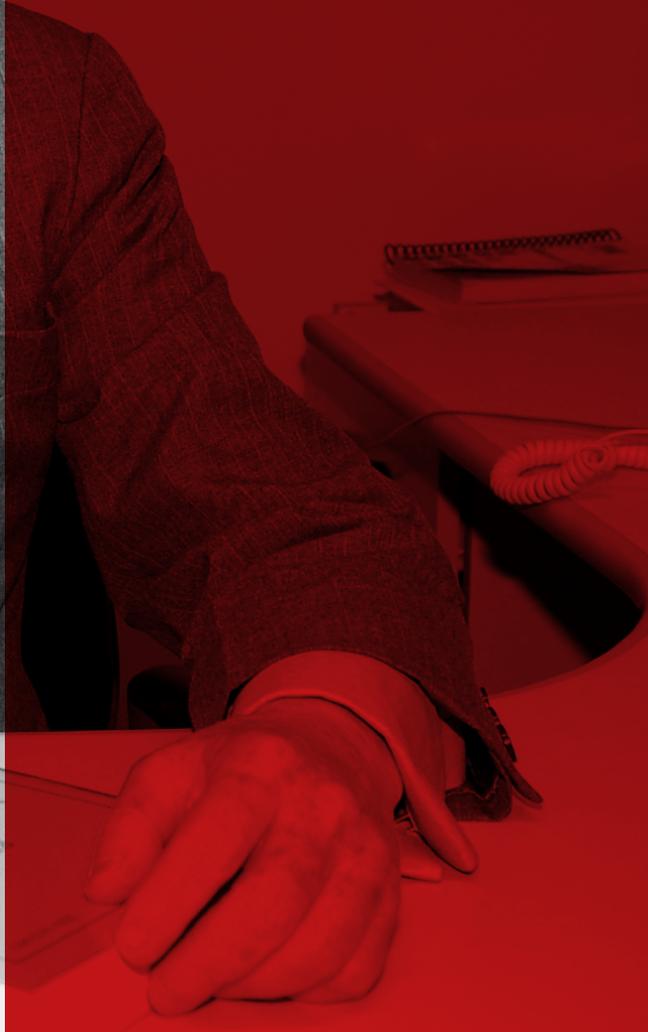
Embora sem poder, você sempre quis, mesmo porque, sem armas, como dizia De La Manche, esta profissão doma a força; sem força, arrosta a violência; sem violência, reduz o fausto e a prepotência à modéstia e ao temor.

Receba, caríssimo Demoro, o meu abraço amigo e fraternal e sinta que as minhas palavras não visam a outro interesse senão o de prestigiar aquele que honrou com decência e galhardia inexcusável o nosso Ministério Público. Você sabia de cor e salteado o nosso Decálogo: Amar a Deus acima de tudo; ser digno da grave missão; ser probo; ser sincero; ser justo; ser nobre; ser bravo; ser cortês; ser leal e ser independente. Honrou com decência moral, que é a decência da justiça, da honra, do pudor. Rogo a Deus, chova sobre você, meu caríssimo Demoro, do céu dos céus, orvalhadas e orvalhadas de bênçãos.



SERGIO DEMORO HAMILTON E O PROCESSO PENAL

ARTIGOS DE AUTORIA DO HOMENAGEADO



A dúvida de atribuição e o princípio da autonomia funcional¹⁻²

Sergio Demoro Hamilton

1. A atribuição do Ministério Público viu-se estudada, pela primeira vez, como instituto processual, na segunda metade da década de 70 do século que vem de terminar.³ Muito embora as diversas leis orgânicas que regeram o Ministério Público Estadual, no decorrer do tempo, fizessem referência ao conflito de atribuições e ao incidente especial da dúvida de atribuição, não se cogitara, até então, tanto quanto foi-me dado saber, de empreender exame a respeito da natureza jurídica da atribuição para o processo penal e civil.

Na verdade, a matéria era, até então, tratada como mero assunto administrativo, que se resolvia na esfera da decisão do Procurador-Geral de Justiça, não se cogitando dos reflexos de tal ato decisório na instância penal. Tudo começava e encontrava deslinde na competência administrativa do *Parquet*. Aliás, foi a partir da meditação a respeito da natureza jurídica da atribuição, vista como instituto processual, que se chegou ao conceito de Promotor Legal, hoje consagrado na Constituição Federal (art. 128, I, “a”). A gênese da teoria foi bem destacada por ROGÉRIO LAURIA TUCCI,⁴ *in verbis*:

“Já nos anos 70 e no início dos 80, suscitavam-na (Teoria do Promotor Legal), entre nós, SERGIO DEMORO HAMILTON e HUGO NIGRO MAZZILI, ressaltando o primeiro que a ausência de uma disciplina legal rígida faz com que muitos autores não meditem, sequer, no assunto com isso fazendo com que a intervenção do Ministério Público nos feitos criminais possa efetivar-se de forma indiscriminada e sem qualquer disciplina jurídica; ou seja, que possa haver a designação de determinado membro da instituição para o ato, sem observância de qualquer critério legal”.

“E procurando definir a figura do ‘promotor legal’, após asseverar que ‘somente o órgão do Ministério Público

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 14, p. 201-206, jul./dez. 2001.

² Inverno de 2001.

³ O tema ganhou tratamento em meu estudo “Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal”, in *Revista Forense*, volume 269, p. 11 e seguintes.

⁴ ROGÉRIO LAURIA TUCCI, in *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, pp. 146/7, Editora Saraiva, São Paulo, 1993.

investido de atribuição é que tem capacidade processual para atuar em determinado procedimento', complementa, *in verbis*: o promotor legal ou o órgão do Ministério Público revestido de atribuição será aquele cuja atuação, nos limites da lei, for fixada pelo Procurador-Geral".

É fácil concluir-se, diante de tal colocação, a importância *processual* do conceito de atribuição, com os seus inevitáveis reflexos para a relação processual válida, seja ela penal, seja ela civil.

2. Nos dias que correm, nossa vetusta Lei Complementar Estadual nº 28, de 21.05.82, confere ao Procurador-Geral o poder de dirimir os conflitos e *dúvidas* de atribuições, entre órgãos do Ministério Público, ouvido o Conselho Superior, se julgar conveniente (art. 10, XXIII).

A Lei nº 8.625, de 12.02.93 (LONMP), ao especificar as atribuições do Procurador-Geral de Justiça, alude àquela de dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito (art. 10, X).

Omite, como de leitura fácil, o poder de decisão a respeito da dúvida de atribuição.

Teria havido esquecimento do legislador federal ou, ao contrário, estaríamos diante de uma lacuna desejada ou consciente?

É na busca de uma resposta para tal indagação que tentaremos desenvolver o *thema* relacionado com a sobrevivência ou não da dúvida de atribuição em nosso direito positivo no âmbito do *Parquet*.

3. Em relação ao conflito de atribuições, a matéria vem prevista, de longa data, nas diversas leis orgânicas que regeram o nosso Ministério Público, no âmbito local: Lei 3.434, de 20.07.58 (do antigo Distrito Federal), Decreto-lei 11/75 (pós-Fusão) e, na atualidade, a Lei Complementar 28, de 21.5.82, Lei Orgânica Estadual, entre outras.

Porém, a temática jamais mereceu tratamento processual, ficando sempre relegada à disciplina da lei orgânica respectiva, muito embora os reflexos da decisão que venha a dirimir o conflito de atribuições não se encerrem, necessariamente, no âmbito puramente administrativo, pois, eventualmente, eles terão ressonância na esfera de competência dos juízes. Desde que a atribuição seja entendida como pressuposto processual de validade da instância, tal como procuramos conceituar alhures,⁵ já nos anos 70, torna-se indesculpável a omissão das leis de processo na regulação do assunto. Nem mesmo os

⁵ *Apud op. cit.* in nº 1 dessas notas. Ali, o leitor encontrará o assunto tratado com a meditação e a minúcia necessárias.

diversos anteprojetos que, recentemente, se ocuparam da reforma do processo penal cogitaram do tema.⁶

De qualquer maneira, a questão relacionada com o conflito de atribuições, envolvendo os diversos aspectos em que ela pode ocorrer, já contém farta análise doutrinária, incluindo diversos estudos por parte de colegas da nossa Instituição.⁷

Falta, agora, tratamento legislativo na esfera da lei processual, não se compreendendo o retardo do legislador federal na regulação do conflito de atribuições.

4. Se no que tange ao conflito de atribuições não paira qualquer dúvida quanto ao acerto do seu disciplinamento na esfera administrativa e apenas sobrevive o reclamo por um tratamento processual adequado, o mesmo não pode ser dito em relação à dúvida de atribuição. Esta tem passado despercebida, quase não merecendo abordagem doutrinária.

Nossa lei Orgânica Estadual (Lei Complementar nº 28, de 21.5.82), como já registrado, dela se ocupa no art. 10, XXIII.

Em que consiste a dúvida de atribuições?

Cedo a palavra ao eminente professor PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO:⁸

“É preciso, desde logo, distinguir dúvida de atribuições do conflito. A dúvida de atribuições ocorreria nas hipóteses em que o membro do M.P. não está certo se deve ou não praticar determinado ato ou até mesmo oficiar no feito, uma vez que tem dúvida se tal situação se encontra no âmbito de suas atribuições. Na realidade, não existe qualquer tipo de conflito, mas, sim, e somente, uma dúvida de atribuição a ser dirimida pelo Procurador-Geral de Justiça. Poucas leis orgânicas dos ministérios públicos estaduais têm previsão expressa da possibilidade de ocorrência de dúvida de atribuições, apesar de, na prática, não ser pouco comum este fenômeno”.

⁶ No estudo que empreendi a respeito do Anteprojeto relacionado com a *Investigação Policial*, tive a ocasião de verberar a omissão no tratamento da matéria. O trabalho em questão pode ser encontrado no site “<http://www.amperj.org.br/associados/dalla/demoro.htm>.”

⁷ O leitor que deseje aprofundar-se a respeito dos estudos pioneiros sobre a matéria poderá consultar, entre outros, meu trabalho intitulado “*Apontamentos sobre o conflito de atribuições*”, in *Revista de Direito da PGJRJ*, vol. 03, p. 43 e sgts., 1976, bem como: o livro do Professor PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *O Ministério Público no Processo Civil e Penal, Promotor Natural, Atribuição e Conflito*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1995; assim também os artigos de LUIZ FERNANDO DE FREITAS SANTOS, “O Parágrafo Único do Art. 232, do Anteprojeto de Código de Processo Penal e a Independência do Ministério Público”, in *Revista de Direito da PGJRJ*, nº 14, p. 69 e sgts, 1981 e, ainda, o estudo do professor AFRANIO SILVA JARDIM, “Conflito de Atribuições entre Órgãos de Execução de Ministérios Públicos Diversos”, in *Revista de Direito de PGJRJ*, vol. 32, p. 33 e seguintes, 1990.

⁸ PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, in *op. cit.*, in nº 05 dessas notas, pp. 185/186.

5. Fixados os contornos da dúvida de atribuição, incumbe indagar se ela guarda compatibilidade com o princípio da independência funcional delineado no art. 127, § 1º, parte final, da Constituição Federal, e, como tal, reiterado no art. 1º § único, da LONMP (Lei federal 8.625, de 12.02.93).

A independência ou autonomia funcional significa, no dizer de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,⁹ “que, no desempenho de sua função, os membros da instituição não estão adstritos ao comando de quem quer que seja. Em outras palavras, não pode haver no Ministério Público subordinação hierárquica, conquanto possa e deva haver hierarquia administrativa”.

Não discrepa de tal entendimento PEDRO ROBERTO DECOMAIN¹⁰ ao doutrinar o que se segue:

“A independência ou autonomia funcional significa que no exercício de suas funções institucionais o Ministério Público, assim como cada um de seus integrantes, individualmente considerados, não está jungido a imposições de terceiros, no sentido de atuar desta ou daquela maneira. No desempenho de suas atividades o M. P. não deve obediência a terceiros, estando vinculado apenas aos fatos e às normas jurídicas que, segundo sua interpretação, devam regê-las”.

No mesmo sentir situa-se a posição de HUGO NIGRO MAZZILLI¹¹ quando, ao deter-se no exame da autonomia funcional da Instituição e dos seus agentes, põe em destaque que os membros do Ministério Público no desempenho de suas funções não estão subordinados a qualquer órgão ou poder, submissos que estão, tão somente, à sua consciência e aos limites traçados pela lei. E, ainda versando sobre o tema, com base no escólio de EURICO DE ANDRADE AZEVEDO,¹² registra que, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público já havia adquirido autonomia funcional, merecendo, por tal razão, seus membros a categoria jurídica de agentes políticos, “em situação totalmente diversa dos funcionários públicos em sentido restrito”.

⁹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, in *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 03, p. 41, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, *apud op. cit.*, in nº 08, *infra*, dessas notas.

¹⁰ PEDRO ROBERTO DECOMAIN, in *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público* (Lei 8.625, de 12.02.93), p. 19, Livraria e Editora Obra Jurídica Ltda., Florianópolis – SC – 1996.

¹¹ HUGO NIGRO MAZZILLI, in *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 75, Editora Saraiva, 1993.

¹² EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, in *Justitia*, 139/144, *apud op. cit.*, in nº 9 dessas notas.

Não deixa este último Autor, com fundamento no ensinamento de HELY LOPES MEIRELES,¹³ de explicitar o conceito de agente político como sendo “a posição dos agentes públicos investidos de atribuições constitucionais” que, por exercerem funções mais elevadas e complexas, “nos vários âmbitos de poder e diferentes níveis de governo”, precisam, necessariamente, do atributo da independência funcional.

6. Uma vez estabelecidos, com nitidez, os conceitos de dúvida de atribuição (4, *supra*) e o de independência ou autonomia funcional (5, *supra*), torna-se possível ensaiar uma resposta à indagação formulada no início do presente estudo: subsiste, ainda, como regra de observância obrigatória, quando for o caso, evidentemente, o disposto no art. 10, XXIII da Lei Complementar Estadual nº 28, de 21.05.82 (LOMP)?

Em outras palavras: pode-se falar de sobrevivência da dúvida de atribuição diante do princípio da autonomia ou da independência funcional consagrado na Carta Política de 1988 (art. 127, § 1º) e na LONMP (art. 1º, § único)?

A resposta só pode ser negativa.

Compreende-se, agora, de forma mais fácil, a razão pela qual a Lei 8.625, de 12.02.93 (LONMP), surgida após a Carta Magna de 1988, ao tratar das atribuições do Procurador-Geral, cogitou, apenas, do conflito, omitindo-se quanto à dúvida (art. 10, X).

Aliás, do ponto de vista ontológico, a dúvida de atribuições sempre me pareceu uma colocação legislativa de todo equivocada, principalmente se analisada no campo processual. Basta que se faça uma analogia entre a competência do juiz e a atribuição de órgão de atuação do Ministério Público, para que se possa constatar sua aberração. Seria inconcebível que um juiz levasse ao tribunal questão relacionada sobre a dúvida quanto à sua competência para processar e julgar determinado feito, já que ele é o senhor primeiro sobre a sua própria competência. Dizendo de outra forma: é ele quem, certo ou errado, decide a respeito de sua competência e, uma vez que a afirme para a causa penal, desta só poderá ser afastado através da exceção própria (art. 95, II do CPP). Trata-se de pressuposto processual que, se descuidado, poderá acarretar a nulidade do processo (art. 564, I do CPP). Por outro lado, salvante a arguição de suspeição que, por razões óbvias, precede a qualquer outra matéria no processo (art. 96 do CPP), salvo quando fundada em motivo superveniente, trata-se de ato prioritário do juiz, ainda que formulado de forma tácita. Esclareço: ao receber a denúncia ou a queixa, o juiz, *ipso facto*, está reconhecendo sua competência para julgar a ação penal, muito embora não o declare expressamente. Diversamente, caso venha a declinar da sua competência, deverá dizê-lo de forma expressa e fundamentada, remetendo o processo ao juiz que, no seu entender, tenha que conhecer do feito (arts. 108, § 1º e 109 do CPP).

¹³ HELY LOPES MEIRELES, in *Direito Administrativo brasileiro*, pp. 50/51, 12ª edição, Revista dos Tribunais, 1986, *apud op. cit.* in ns. 09 e 10 dessas notas.

Assim também o órgão do Ministério Público, desde que se entenda a atribuição como pressuposto de validade do processo, jamais poderá pôr em dúvida a sua própria atribuição. Ele é o *dominus* da sua qualidade para atuar no feito, não devendo prestar contas de sua *opinio* a qualquer autoridade, *y compris* o próprio Procurador-Geral.

Parece-me, assim, que, diante da nova ordem constitucional, a dúvida de atribuição não pode subsistir, pois, não há negar, deixou de ser recepcionada pelo Texto Magno.

Deixo, porém, ao juízo e à benevolência dos doutos, cujas críticas esclarecidas acolherei com modéstia e gratidão, o aprofundamento de um *thema* de real interesse para o Ministério Público.

A questão do Promotor *ad hoc*¹⁻²⁻³

Sergio Demoro Hamilton

1. O estudioso das questões relacionadas com o Ministério Público ou, ainda, aquele dotado de razoável conhecimento do direito processual, há de estranhar, por certo, que um *thema* jurássico volte a merecer a atenção do escriba, quando tantos outros assuntos atuais, realmente interessantes, estariam a demandar exame e meditação. Mas como viver é a arte de enfrentar desafios (por mais absurdos que eles se apresentem!) vejo-me forçado a examinar a matéria, analisando-a, agora, sob um prisma que, até onde vai o meu conhecimento, ainda não se viu focalizado pela doutrina e pela jurisprudência que se ocuparam do assunto.

2. Qual a razão da atualidade do tema jurídico?

É uma indagação natural, que encontrará sua razão de ser, principalmente, por parte dos membros do Ministério Público de outros Estados, onde, há séculos, o assunto encontra-se sepultado para todo o sempre.

O motivo é bem provinciano; localizado, de forma específica, no Estado do Rio de Janeiro, onde, recentemente, ressurgiu, com integral apoio do Sr. Desembargador Corregedor-Geral da Justiça, através do Aviso de nº 227/97, que chegou a vigorar por certo tempo, até que fosse desconstituído através de medida liminar concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Sr. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, perante o Supremo Tribunal Federal, com fulcro em representação oferecida pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, onde se logrou demonstrar o caráter normativo do ato impugnado bem como a sua manifesta inconstitucionalidade, salientando-se, na oportunidade, a premente necessidade de que fosse suspensa a sua eficácia até o julgamento final da ação. Distribuída a ação ao relator, o Exmo. Sr. Ministro Sidney Sanches, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 15 de dezembro de 1997, *em votação unânime*, deferiu a cautelar “para suspender, com eficácia *ex nunc*, até final julgamento da ação, a execução e aplicabilidade ... do segundo parágrafo do Aviso nº 227/97, da Corregedoria-Geral da Justiça, que estatui a *ilegal nomeação de Promotor ad hoc*.”

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 7, p. 233-243, jan./jun. 1998.

² Trabalho concluído em 07.02.98.

³ O presente trabalho é dedicado ao ilustre Promotor de Justiça, Dr. *Romero Lallemand Lyra*, por sua marcante atuação na defesa dos superiores objetivos do Ministério Público.

3. Vamos, pois, para perfeito entendimento, à gênese dos fatos que originaram toda a celeuma. Determinado juiz, de comarca interiorana, alegando que “por causa de problemas familiares e de saúde, a ilustre Promotora Criminal vem se ausentando das audiências ou chegando atrasada”, oficiou ao Sr. Presidente da Subseção da Ordem dos Advogados local, solicitando a indicação de nomes de “alguns advogados” para que, colaborando como o Poder Judiciário, pudessem servir no exercício da função de Promotor *ad hoc*.

A questão não ganharia maior repercussão e, certamente, encontraria, mais cedo ou mais tarde, solução prática e jurídica, não fosse o destaque que lhe foi emprestado pelo Sr. Desembargador Corregedor-Geral de Justiça, que houve por bem publicar, na íntegra, o malsinado despacho do Dr. Juiz, ocupando o expediente em questão quase uma página inteira do Diário Oficial de 18 de setembro de 1997 (pág. 24, da Parte III, do DOERJ).

Antes de examinar o aspecto estritamente jurídico que a nomeação de Promotor *ad hoc* enseja, há que merecer análise a decisão do Dr. Juiz que deu origem ao grave problema que atingiu, de perto e de forma tão grave e ofensiva, a Instituição do Ministério Público. Na manifestação jurisdicional em exame, o Dr. Juiz afirma que a ilustre Promotora de Justiça “vem se ausentando das audiências ou chegando atrasada”, causando com tais fatos “um transtorno muito grande” ao funcionamento da Vara. Desde logo, incumbe fazer um severo reparo àquela decisão. É dever do juiz, ao fazer tão grave acusação a alguém, especificar os processos onde se deu a falta funcional, indicando, do mesmo passo, o número do feito em que o fato se efetivou. Não se imputa a alguém grave falta funcional, que pode acarretar sérias conseqüências para a Promotora de Justiça, com a alegação genérica que integra a decisão. Se até um réu, em processo criminal, tem direito de conhecer a imputação contra ele dirigida, de forma certa e determinada, que dizer da mera falta funcional de uma Promotora de Justiça? Não se quer afirmar, aqui, que os fatos não tenham ocorrido. Este é um problema a ser examinado pela Corregedoria do Ministério Público. Porém, o que se critica é a maneira vaga e indeterminada com que a gravíssima acusação foi tratada no despacho em questão.

Outra providência estranha tomada naquele despacho reside no fato de que não houve da parte do Dr. Juiz (ou se tal ocorreu, o expediente publicado no D.O. a ele não faz menção) qualquer comunicação prévia à Corregedoria do Ministério Público, e, muito menos, que se tenha tentado a substituição tabelar *ad hoc*, até que o problema ganhasse deslinde. Não! Optou o magistrado pelo esdrúxulo caminho de oficiar, desde logo, à Subseção da Ordem dos Advogados local, pedindo a indicação de nomes de alguns advogados para exercer a função de Promotor *ad hoc*, quando um simples *fax* à Corregedoria do Ministério Público acarretaria pronta resposta e imediata solução para o caso, apesar do brutal déficit existente no quadro de Promotores de Justiça de nosso Estado (há, no momento, perto de 100 vagas não preenchidas, apesar dos sucessivos concursos!).

Feitos tais reparos ao despacho que deu margem ao problema, é chegado o momento de examinar a questão de fundo, que se resolve com a resposta à seguinte indagação: é legal, à luz da Constituição Federal, a nomeação de Promotor *ad hoc*?

4. A Constituição Federal de 1988 erigiu o Ministério Público entre as Funções *Essenciais* à Justiça (Título IV, Capítulo IV, Seção I, arts. 127 a 130, destaque meu).

A questão ontológica que se põe repousa, unicamente, no conceito que o vocábulo *essencial* encerra.

Que é uma função essencial?

Pode ela ser postergada?

Vou, por primeiro, examinar o conceito de essência, partindo do escólio vernacular que o termo apresenta.

Ensinam os dicionários:

“Essência, s.f. O que constitui a natureza das coisas, substância...⁴

Essencial, adj. 2 gên. Indispensável, necessário...⁵

*Essência [Do latim *essentia*] s.f.* 1. Aquilo que constitui a natureza das coisas, substância... 5. O que constitui o cerne de um ser; natureza...⁶

*Essencial [Do lat. *essentiale*]. Adj.* 2 gên. 1. Relativo a essência. 3. Indispensável, necessário, importante.

4. O ponto mais importante; fundamental.”⁷

Portanto, a simples análise do substantivo (essência) e do adjetivo (essencial), à luz do significado dos vocábulos, tal como ditam os dicionários e preleciona o léxico, está a demonstrar que aquilo que é essencial não pode ser posto de lado. Por integrar a natureza das coisas, essencial é tudo aquilo que não pode ser dispensado, contrapondo-se, assim, àquilo que é acidental.

É por tal razão que o Ministério Público integra o Título IV da Constituição Federal que se ocupa da Organização dos Poderes, eles também essenciais à existência da União, vista como entidade de Direito Público interno, dotada de órgãos próprios, entre os quais se incluem seus Poderes Públicos (art. 2º, da Constituição Federal).

⁴ Francisco da Silveira Bueno. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, Ministério da Educação e Cultura, 9ª edição, 2ª tiragem, 1975, pág. 529.

⁵ Francisco da Silveira Bueno. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, Ministério da Educação e Cultura, 9ª edição, 2ª tiragem, 1975, pág. 529.

⁶ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª edição, Editora Nova Fronteira, pág. 574.

⁷ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª edição, Editora Nova Fronteira, pág. 574.

Sem constituir um Poder, o Ministério Público recebeu da *Lex Legum* tratamento assemelhado ao deferido aos Poderes. Daí a sua essencialidade.

A obrigatoriedade da presença do Ministério Público no processo em que deva atuar tem, assim, o caráter de norma imperativa, de *ius cogens*, de maneira que não é lícito derogá-la, para nenhum fim, justamente porque a Lei Maior assim dispôs.

Pensar em contrário será assumir, quando da aplicação das normas jurídicas, uma posição filosófica utilitarista, imprimindo às normas um valor relativo, mesmo quando emanadas da própria Constituição. Com efeito, o sistema utilitário tende a negar que o direito tenha um fundamento absoluto, por identificar o justo com aquilo que momentaneamente é útil. Tal sistema, delineado em sua forma primitiva pela Escola Hedonista (fundada por Aristipo de Cirene) e desenvolvida de forma mais ampla por *Epicuro*, veio a encontrar grande acolhida na moderna filosofia inglesa, particularmente através do pensamento de *Bentham*, *Stuart Mill*, *Darwin* e *Spencer*.⁸

*Bentham*⁹ chegou, mesmo, a reduzir o sentimento e o ideal de justiça ao mero cálculo individual de utilidade.

Nessa ordem de idéias, considerar o Ministério Público como função *essencial* à justiça, tal como o define a Constituição Federal, seria mera designação pomposa mas destituída de qualquer sentido teórico ou prático. Seria um verdadeiro *flatus vocis* da Lei Maior.

E foi dentro dessa equivocada ótica utilitária que agiu o Dr. Juiz. O Promotor de Justiça não pode comparecer à audiência? Não há problema. Nomeia-se um advogado para desempenhar suas funções e o processo tem andamento.

Mas não é bem isto o que diz a Constituição de 1988. Para a Lei Suprema a presença do Ministério Público é *indispensável* por tratar-se de função *essencial* à Justiça.

A questão é, pois, ontológica e não comporta, *em caso algum*, solução diversa, desde que se faça perfeita distinção entre aquilo que é acidental e aquilo que reveste caráter de essência.

Tal colocação do *thema*, por si só, seria *prejudicial* da análise de outros assuntos que a nomeação de Promotor *ad hoc* envolve. Porém, eles também serão aqui examinados, de maneira a ensejar, na medida do possível, uma análise mais ampla da matéria.

Cabe, por fim, uma indagação que, certamente, aguçará o espírito do homem prático: *quid iuris* se, por qualquer circunstância, ocorrer a ausência do Promotor de Justiça?

A resposta parece-me de rara singeleza. Além da substituição *legal* momentânea, incumbirá ao juiz oficiar à Corregedoria do Ministério Público buscando solução para o problema. Quando uso o verbo oficiar, é bom que fique claro que a comunicação, se

⁸ Giorgio del Vecchio, *Filosofia del Derecho*, Barcelona, 1953, pág. 511.

⁹ Jeremias Bentham, *apud op. cit.*, in nº 05, pág. 513.

urgente, se faça via *fax* ou por meio de telefone. Era o caminho simples, sem dúvida, que o Dr. Juiz deveria ter tomado no caso que originou o teratológico “Aviso” da Corregedoria-Geral da Justiça.

5. Como ficou assinalado, se consideramos a presença do Ministério Público nos processos como função *essencial* do Estado para a realização de justiça, nada mais precisará ser dito para afastar a sinistra figura processual do Promotor *ad hoc*. Porém, outras, muitas outras, questões podem ser postas em exame em relação ao assunto de maneira que fique demonstrado, de uma vez por todas, o seu banimento do nosso ordenamento jurídico.

6. Tomo por base, para tanto, a manifestação do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, de 30-10-97, pág. 31. Ali, em nota por mim redigida, destaquei os aspectos legais e doutrinários mais relevantes que impedem a nomeação de Promotor *ad hoc*.

O primeiro deles – e o mais óbvio de todos! – decorre de disposição emanada da Constituição Federal que estabelece em seu art. 129, parágrafo 2º, que as funções do Ministério Público *só* podem ser exercidas por integrantes da carreira.

A norma é cristalina, dispensando, por si só, exame mais acurado.

Bastaria dizer: *interpretatio cessat in claris*, locução latina tão adequada para a hermenêutica do dispositivo Constitucional invocado.

O preceito da Constituição Federal acarreta, de pronto, duas conseqüências processuais básicas. Elas foram postas em relevo em parecer do então Promotor de Justiça, Dr. Márcio Klang, e dizem respeito à ilegitimidade *ad causam* e *ad processum* do promotor *ad hoc*¹⁰, bem antes do advento da atual Constituição.

Como combater, então, a questão no campo estritamente processual?

Parece-me que a via processual adequada para o afastamento da esdrúxula figura seria a da exceção processual contemplada no art. 95, IV, do C.P.P., que trata da exceção de ilegitimidade de parte.

Haveria, ainda, maneira mais eficiente e rápida, através do trancamento da ação penal pela via sumária do *habeas corpus* (art. 648, VI, do C.P.P.), tendo em conta o mandamento legal insculpido no art. 564, II, do C.P.P.

É bom que fique registrado que o atual Corregedor-Geral da Justiça, muito antes da Constituição Federal de 1988, mais precisamente dez anos antes, quando Procurador de Justiça perante a 1ª Câmara Cível do II Tribunal de Alçada, já assinalara, em parecer prolatado na apelação cível de nº 13.568, originária de Parati, o seguinte:

¹⁰ Márcio Klang, parecer publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 08, 1978, pág. 128, item 09.

(*omissis...*)

“6. Nulidade Danosa à Ordem Constitucional:

Nomeação de Promotor *ad hoc*.

Nulo o processo, também, a partir da audiência de instrução e julgamento, de fls. 118/123, ainda que desprezada a prejudicial precedente. A caricatura, *d. venia*, de “Promotor *ad hoc*” está *definitivamente* banida da ordem constitucional, que prevê a forma de investidura dos membros do Ministério Público.

Já se foram os tempos do império da Carta de 1937. Funcionou indevidamente um pretense Promotor de Justiça *ad hoc*, e mesmo que legal fosse, para se argumentar – e pelo sabor da argumentação – persistiria a nulidade pela ausência do termo de investidura (fls. 118).

Trata-se de *nulidade absoluta*, não convalidada pela fala de fls. 140.

Nesse ponto subscrevemos as bem lançadas razões do ilustrado Promotor de Justiça de primeira instância (fls. 219/222 – destaques do autor do presente trabalho doutrinário)

Ass. Ellis Hermydio Figueira, em 19.9.78.”¹¹

Como de fácil observação, após a vigência da Constituição Federal de 1988, o douto Corregedor-Geral da Justiça mudou, radicalmente, de posição doutrinária, não mais considerando “*definitivamente banida da ordem constitucional*” a figura *caricata* do Promotor *ad hoc*.

7. Mas não é só. Muito há, ainda, para ser dito. A figura herética do Promotor *ad hoc* viola frontalmente o princípio do promotor legal, afirmado pelo plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do histórico julgamento do *Habeas Corpus* de nº 67.759-2-RJ. Com efeito, o “promotor natural” é decorrência iniludível de três tópicos do tratamento que a Instituição do Ministério Público recebeu da Constituição Federal de 1988. O primeiro deles consiste na garantia da inamovibilidade dos seus membros (art. 128, parágrafo 5º, I, b); o outro assegura a independência funcional dos integrantes do *Parquet* (art. 127 parágrafo 1º); por fim, um terceiro, de caráter genérico, que versa a respeito da garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), pelas implicações que guarda com o princípio do juiz natural.

Deste conjunto de normas exsurge que o membro do Ministério Público não pode ser afastado do exercício da sua função, salvo por motivo de interesse público

¹¹ Parecer publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, volume 08, 1978, págs. 101/102, item 06.

(art. 38, II, da Lei nº 8.625, de 12.02.93), contemplando a lei apenas uma exceção ao princípio do Promotor Legal, quando assegura ao Procurador-Geral (e somente a ele), “por ato excepcional e fundamentado”, exercer as funções afetas a outro membro da Instituição, assim mesmo ficando obrigado a submeter, *previamente*, sua decisão ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 10, IX, “g” da LONMP). Ora, se tal se dá em relação ao próprio Procurador-Geral de Justiça, que dizer da “autorização” dada por um estranho aos quadros do *Parquet* para exercer as funções ministeriais?

É preciso ter em conta que as garantias que cercam a Instituição têm por fim assegurar o devido processo legal, resguardando o cidadão de um acusador de encomenda, destituído de independência funcional. Para usar uma expressão muito em voga na atualidade, em que se discutem no Congresso Nacional a reforma administrativa e a reforma previdenciária, não se trata de privilégio do Ministério Público, mas, ao revés, de garantia do próprio cidadão.

Como bem assinalou o Superior Tribunal de Justiça, por sua Sexta Turma, em recente decisão (24-10-95), quando do julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança (nº 0005867), “o Promotor ou Procurador não pode ser designado sem obediência ao critério legal, a fim de garantir julgamento imparcial, isento. Veda-se, assim, a designação de Promotor ou Procurador *ad hoc*, no sentido de fixar prévia orientação, como seria odioso indicação singular de magistrado para processar e julgar alguém. Importante, fundamental é prefixar o critério de designação. O réu tem direito público subjetivo de conhecer o órgão do Ministério Público, como ocorre com o Juízo Natural.¹²”

Aliás, quando do pronunciamento do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça – RJ, resultou assinalado tal aspecto que a matéria envolve, ao dizer-se que todo cidadão dispõe de direito público subjetivo de conhecer, *previamente*, o órgão do Ministério Público que irá acusá-lo ou que oficiará no feito, até mesmo para impugná-lo pela via processual adequada.

Com efeito, poderá o imputado, através da exceção de suspeição, pugnar pelo afastamento do órgão do Ministério Público, nos exatos termos dos arts. 95, I, 104, 258 *c/c* 254, todos, do C.P.P. Aliás, as regras processuais em tela são normas perfeitas que, uma vez inobservadas, conduzem à nulidade absoluta do processo (art. 564, I, segunda parte do C.P.P.).

Por sinal, com maior abrangimento que a suspeição, seria o próprio impedimento argüido em relação ao membro do Ministério Público, por força do que dispõem os arts. 258 *c/c* 252 do C.P.P., uma vez que, ao contrário daquela, o impedimento apresenta natureza objetiva.

8. Outro ângulo a merecer registro toca de perto com a violação do princípio da inércia, inerente à jurisdição.

¹² “Jurisprudência Informatizada Saraiva”, (09) Juis, pág. 01.

Na realidade, seria odioso para o magistrado indicar profissional da área jurídica com a finalidade de processar alguém ou mesmo para atuar como *custos legis*, violando, com tal procedimento, as funções institucionais do Ministério Público contidas no art. 129, I, da Constituição Federal. Na realidade, estaria o juiz comprometendo, seriamente, a sua imparcialidade, que o princípio da inércia da jurisdição tem por finalidade resguardar.

Como bem assinalam os professores Geraldo Batista de Siqueira, Jorge Gabriel Moisés e Myrthes de Almeida Guerra Marques, a indicação de Promotor *ad hoc*, no regime atual, estaria exumando, por via oblíqua, a ação penal *ex officio*¹³, criando, no mínimo, uma situação hilariante, caso o arremedo de Promotor viesse a requerer o arquivamento do inquérito policial. Em ocorrendo a discordância do juiz em relação à posição assumida pelo “promotor”, como o permite o art. 28 do C.P.P., como ficaria a posição do Procurador-Geral, uma vez que o ato impugnado se deu por profissional estranho ao *Parquet* e, portanto, não sujeito à sua fiscalização?

9. Mas prosseguir é preciso.

Parece-me que o exercício da Promotoria *ad hoc* revela-se incompatível com a atividade da advocacia, já que o advogado exerce ministério *privado* (art. 2º parágrafo 1º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº 8.906, de 04.7.94), buscando decisão favorável ao seu constituinte (art. 2º, parágrafo 2º), não estando, *ipso facto*, a persecução criminal incluída na atividade da advocacia (art. 3º, parágrafo 1º).

Note-se que, mesmo nos crimes de ação privada, o advogado atua como representante judicial da parte e não como parte autora.

Portanto, no meu entendimento, não está o advogado legalmente obrigado a aceitar o múnus acusatório ou de fiscal da lei, por não lhe incumbirem tais funções estatais.

10. Porém, a questão pode assumir contornos mais graves. Refiro-me à prática do crime de usurpação de função pública, excogitado no art. 328 do C.P. Desde que o agente tenha plena consciência da ilegitimidade de sua conduta, sabendo, portanto, que está realizando um comportamento funcional que lhe é vedado, o crime estará consumado. Basta, para tanto, a prática de um ato processual, sendo irrelevante a reiteração dos diversos atos consequenciais do primeiro.

É de indagar: designador e designado estariam alcançados pela tipicidade?

Penso que a tipicidade alcançaria a ambos, tendo em conta a regra do art. 328 c/c 31, segunda parte, do C.P. É, no meu sentir, a melhor doutrina.¹⁴

¹³ Geraldo Batista de Siqueira, Jorge Gabriel Moisés e Myrthes de Almeida Guerra Marques, “Promotor *ad hoc* e o Princípio do Promotor Natural”, RT 690, pág. 409, Abril/1993.

¹⁴ Helio Telho Corrêa Filho, *apud op. cit.*, in nº. 10, pág. 409.

Geraldo de Batista Siqueira e outros, em trabalho conjunto acima referido, chegam a vislumbrar na conduta do juiz a presença da agravante indicada no art. 62, II, segunda parte, do C.P.¹⁵

Penso, *data venia*, que a agravante, no caso, não encontra incidência, uma vez que o advogado dispõe de suficiente lucidez e conhecimento para não se deixar induzir pelo ato arbitrário do juiz. Caberá ao advogado, simplesmente, recusar a nomeação, pois que manifestamente ilegal, sem que sua conduta acarrete qualquer conseqüência para o causídico.

11. Além de ilegal a medida é, de todo, inconveniente, pois que retira do profissional liberal, que vive da sua nobre profissão, tempo valioso para o exercício de atividade que não lhe compete e com a qual não se encontra familiarizado. Pode, inclusive, originar sérias dificuldades para o profissional quando do exercício da advocacia no futuro, pois estará sustentando na defesa de seus clientes teses que se contrapõem ao que afirmara, antes, como “promotor”.

12. De tudo o que resultou exposto, algumas *conclusões* se fazem presentes. Cumpre enumerá-las:

a. O Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127, da C.F. de 1988) [4];

b. Em conseqüência, nas causas em que deva atuar ou intervir, sua presença é *indispensável*, pelo simples fato de ser *essencial* para a formação do devido processo legal [4];

c. A questão ontológica que se põe (itens, *a* e *b*) não comporta soluções práticas ou meramente utilitárias, que dispensem a presença do Ministério Público [4];

d. Em ocorrendo a falta do membro do Ministério Público, cabe ao juiz do processo comunicar o fato à Corregedoria da Instituição, que providenciará no sentido de dar solução para o caso, sem prejuízo, se possível, da adoção imediata dos critérios legais de substituição que orientam o *Parquet* [4];

e. Em *hipótese alguma* a substituição do Promotor (ou do Procurador) se dará por pessoa estranha aos integrantes da *carrière* [6];

f. Em ocorrendo a nomeação de Promotor *ad hoc*, haverá carência de ação, por manifesta ilegitimidade *ad causam*, caso a ação penal venha a ser proposta, ensejando a pronta rejeição da inicial (art. 43, III do C.P.P.) [6];

g. Caso o juiz não venha a rejeitar a exordial de acusação, nos termos do art. 43, III, do C.P.P., em razão da manifesta ilegitimidade da parte, pode o réu opor a exceção de ilegitimidade de parte (art. 95, IV, do C.P.P.) ou, ainda, adotar a via mais rápida, eficiente

¹⁵ Geraldo Batista de Siqueira, Jorge Gabriel Moisés e Myrthes de Almeida Guerra Marques, *in op. cit.*, nº 10, pág. 409.

e sumária do *habeas corpus* (art. 648, VI, do C.P.P.), no objetivo de obter o trancamento da ação penal em razão do que dispõe o art. 564, II, da lei instrumental penal [6];

h. A nomeação de Promotor *ad hoc* ofende também e principalmente a Constituição Federal por afrontar o princípio do promotor legal, perflhado na Lei das Leis (art. 128, parágrafo 5º, I, “b”), conforme afirmado pelo Pretório Excelso quando do histórico julgamento do *habeas corpus* de nº 67.759-2-RJ [7];

i. Em conseqüência do exposto (letra “h”), atinge outro princípio básico da Constituição Federal, ou seja, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV) que resguarda o cidadão contra a ação de um acusador de encomenda, desamparado da garantia de independência funcional, própria dos membros do Ministério Público [7];

j. Todo cidadão dispõe de direito público subjetivo de conhecer, *previamente*, o órgão do Ministério Público que irá atuar no feito, até mesmo para impugná-lo através da exceção própria [7];

l. A providência em exame, odiosa sem dúvida, compromete definitivamente a imparcialidade do juiz, conferindo-lhe, por via reflexa, atividade típica de persecução criminal que lhe é vedada [8];

m. O exercício da Promotoria *ad hoc* é incompatível com o exercício da advocacia, pois ao advogado incumbe exercer ministério *privado*, buscando, sempre, obter decisão favorável para o seu constituinte (art. 2º da Lei nº 8.906, de 04.7.94), não constituindo, assim, atividade típica do exercício da advocacia a promoção da ação penal [9];

n. Em conseqüência, o advogado não está obrigado legalmente a aceitar o múnus de acusador ou, mesmo, de fiscal da lei [9];

o. A nomeação herética não se esgota no campo estritamente processual, assumindo aspectos que invadem, pelo menos em tese, a esfera penal. Refiro-me ao crime de usurpação de função pública, atingindo a tipicidade tanto o designador como o designado (art. 328 c/c 31, segunda parte, do C.P.) [10];

p. No plano da mera conveniência, aqui abordado, tão-somente, pelo sabor da argumentação, a providência só traz inconvenientes para o profissional liberal, acarretando-lhe indevido desgaste;

q. para rematar, o ato praticado por promotor *ad hoc*, como preleciona Mazzilli¹⁶ “se insere na categoria dos atos inexistentes (embora o parágrafo único do art. 25 da Lei nº 8.625/93 mencione pena de nulidade do ato praticado)”. Daí, a solução prática alvitrada no presente estudo para efeito de impugnação do anômalo despacho [6].

¹⁶ Hugo Nigro Mazzilli. *Regime Jurídico do Ministério Público*, pág. 175, Editora Saraiva, 1993.

Apontamentos sobre o conflito de atribuições¹

Sergio Demoro Hamilton

Tema que se reveste de especial interesse para o Ministério Público e que nem sempre tem merecido a devida atenção por parte dos estudiosos do processo, o conflito de atribuições está a exigir exame cuidadoso, buscando dar-lhe polimento adequado, como convém aos diversos institutos processuais.

É o que pretendo empreender com a inquietude e o temor próprios dos iniciantes em matéria pouco explorada e por demais delicada.

Procurarei esboçar algumas idéias básicas, abrindo caminho, qual desbravador, para que outros, com mais engenho, desenvolvam melhor o assunto, trazendo sua contribuição no sentido do aperfeiçoamento de um instituto processual pouco estudado, mesmo pelos grandes sabedores do nosso processo.

Movido pelo espírito de pesquisa e com o natural receio do explorador ao penetrar em campo minado, é que me aventuro a estudar o problema.

Não raro, mesmo entre puristas, ouve-se dizer que o promotor X é “competente” para tal ou qual procedimento. O uso do vocábulo “competente”, em si, nada tem de incorreto se visto no seu sentido correntio, traduzindo a pessoa apta, sob o aspecto legal, para officiar no feito. Contemplada a palavra no seu entendimento vulgar ou, ainda, no sentido que lhe empresta o direito administrativo nada se poderá objetar à designação “promotor competente”. Porém, para “quem traz em si o gosto esquisito dos estudos processuais”, para usar a frase cheia de espírito e de humor de *Eliézer Rosa*², mestre de todas as horas, a expressão padece de propriedade técnica. Competência, em processo, tem sentido próprio, sendo atributo específico dos juizes, pois só eles exercem jurisdição ordinária. Vista como medida ou limite da jurisdição, único significado possível que a palavra pode assumir em termos de processo, seu emprego fora da exata acepção constitui grave erronia.

Nosso Código de Processo Penal, que é pródigo em imprecisões técnicas, faz uso das palavras jurisdição e competência para designar atribuição exercida pelas autoridades policiais (art. 4.º § único). O erro, aqui, reveste-se de especial gravidade, pois originário da própria lei.

¹ Artigo publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 3, p. 43-50, jan./jun. 1976.

² “Dicionário de Processo Penal”, pág. 38, “Editora Rio”, 1975.

Nesta ordem de idéias, os órgãos do Ministério Público dispõem de atribuição e, de consequência, o conflito que entre eles ocorrer será, sempre, de atribuições.

Já entre juízes poderá dar-se conflito de jurisdição ou conflito de competência. O primeiro ocorrerá entre unidades federadas ou entre a União e qualquer delas ao passo que o segundo se dará dentro de uma mesma jurisdição.

Há que distinguir naturezas diversas de conflito de atribuições. *Tornaghi*, ao tratar do tema, salienta que o conflito de atribuições “ocorre entre órgãos de poderes diferentes (Executivo, Legislativo e Judiciário)”³, observando, ainda, que “em alguns países a solução dele é deferida a uma das seções do Conselho de Estado, composta de membros de todos os poderes”⁴. E conclui: “entre nós a Constituição é lacunosa a respeito”⁵. Desde logo, uma observação se impõe ao ensinamento do grande processualista: a Constituição Federal previu, expressamente, os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as destes e as da União”, dando competência ao Pretório Maior para processar e julgar originariamente tais conflitos (art. 119, I, “f”). Nesse ponto a Emenda n.º 1 de 1969 manteve conflitos dispositivo idêntico ao da Constituição de 1967 (art. 114, I, “f”). Portanto, pelo menos no tocante a conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias, bem como no surgido entre as administrativas, a Constituição cogitou, expressamente, da matéria, fato que levou *Pontes de Miranda* a acentuar que se tratava de explicitação feliz do texto Constitucional pois que “a regra jurídica de competência originária do Supremo Tribunal Federal torna mais eficiente a segurança jurídica, principalmente por se referir a qualquer conflito de atribuição”⁶.

Não é a propósito do conflito de atribuições excogitado na Constituição Federal que pretendo empreender análise, mesmo porque ali estão em jogo autoridades. Já o Código de Processo Penal vigente reservou à palavra autoridade são a policial e a judiciária. O Ministério Público, no Código, vem tratado como parte (principal ou secundária) ou como fiscal da lei (art. 257), ao passo que a Lei Maior, como ficou visto, trata do conflito entre autoridades. Aqui se dará relevo ao conflito de atribuições de natureza administrativa de que se ocupava a antiga lei orgânica do Ministério Público do ex-Distrito Federal (Lei 3.434, de 20-7-58), revigorada, em parte, pelo Decreto-Lei 11/75, que rege, atualmente, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. É que, dali, como pretendo demonstrar, podem advir consequências de natureza processual.

Matéria de índole tipicamente processual, é estranhável que o nosso Código dela não se tenha ocupado, ficando o tema relegado para leis orgânicas estaduais de

³ “Compêndio de Processo Penal”, HÉLIO TORNAGHI, Tomo I, pág. 363, “José Konfino”, Editor, 1976.

⁴ in op. cit., Tomo I, pág. 363.

⁵ in op. cit., Tomo I, pág. 363.

⁶ “Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.º 1, de 1969, Tomo IV, pág. 35, n.º 16, “Editora Revista dos Tribunais”, 2.ª edição, setembro de 1970.

regulamentação da atividade do Ministério Público, pois os reflexos da decisão do conflito de atribuições, como será visto, nem sempre se encerram na esfera puramente administrativa mas podem interferir com a competência dos juízes, criando uma zona cinzenta que está a exigir tratamento processual adequado.

É bom reparar: o assunto, por sua natureza, precisa receber tratamento legislativo conveniente, merecendo ser inserido no Código de Processo Penal. Para o problema não atendeu, igualmente, o eminente Professor *José Frederico Marques* no seu precioso anteprojeto, sem dúvida muito superior, em vários aspectos, ao atual Código.

Posta a questão em tais termos, cumpre estudar, diante do quadro atual, os diversos ângulos em que o tema pode apresentar-se, em face da omissão da lei processual.

Costuma-se afirmar que o conflito de atribuições dá-se, somente, na fase pré-processual. O dito não merece fé. É certo que as questões mais interessantes de natureza processual (não somente administrativas, frise-se ainda uma vez mais) podem surgir nesta fase do procedimento. O conflito de atribuições, como pretendo evidenciar, poderá ocorrer, da mesma forma, na fase processual assim como na de execução da pena ou da mediada de segurança.

Veja-se, por primeiro, o conflito nascido antes da propositura da ação penal, fase em que, de comum, a questão é suscitada. Sem alimentar a pretensão de esgotar todas as hipóteses possíveis, buscarei trazer à colação algumas situações que, então, podem surgir, oferecendo, do mesmo passo, as soluções que me parecem acertadas. A primeira situação que se apresenta é a do conflito de atribuições puro, isto é, sem qualquer reflexo na esfera processual. O incidente começa e acaba no âmbito estrito da decisão do Procurador-Geral. Dois promotores afirmam ou negam atribuições para oficial em determinado procedimento. No primeiro caso o conflito é positivo; no segundo negativo. Formule-se, como exemplo, o seguinte caso: em determinado inquérito, distribuído à 18ª Vara Criminal, o Procurador-Geral designou, através de Portaria, o Promotor *X* para acompanhar o procedimento na fase policial. Concluída a investigação policial e apresentado o relatório, os autos são remetidos a Juízo onde o Promotor *Y*, ali em exercício, requer a remessa dos autos ao órgão do Ministério Público designado para acompanhar o inquérito. O primeiro promotor, ou seja, o Promotor *X* recusa atribuição, salientando que, nos limites da Portaria, sua atividade cessara com a remessa dos autos a Juízo devidamente relatados. Em consequência a atribuição para a eventual propositura da ação penal deve ficar a cargo do promotor em exercício perante o Juízo. No caso, como de fácil observação, estamos diante de um conflito negativo de atribuições, que teve como suscitante o promotor “*X*” e suscitado o Promotor “*Y*”. A solução a respeito da dissensão funcional dos promotores só pode ser uma: a atribuição para oficial no feito será

do promotor em exercício, tendo em conta os termos da Portaria do Procurador-Geral. O caso, como de averiguação tranquila, não apresenta maior dificuldade⁷.

Esta hipótese, por demais singela, pode ocorrer tanto na fase processual como na de execução penal, *mutatis mutandis*, evidentemente. Pode dar-se não só em sede penal como também em sede civil. Repita-se, porém, que, em regra, ela tem lugar em sede penal e na fase pré-processual.

Ficou dito que, no caso examinado, não há repercussão na esfera processual, já que a questão tem início e encontra deslinde no campo de atribuição exclusiva do Ministério Público. O problema pode surgir, no entanto, se, em se tratando de conflito negativo, o juiz, ignorando o conflito e exorbitando da sua competência, nomear promotor *ad hoc* para officiar no feito. Então, só restará ao órgão do Ministério Público reclamar contra a decisão, já que, aí, estaria o magistrado prolatando decisão manifestamente nula em face da inconstitucionalidade da figura do promotor *ad hoc*⁸. Não cabe, igualmente, ao juiz nomear um terceiro promotor, integrante do *parquet*, mas tão somente, aguardar a decisão do Procurador-Geral, sustando, até lá, o andamento do feito.

O problema assume especial delicadeza quando, antes da propositura da ação penal, surge dissenso entre juiz e promotor a respeito da *opinio delicti*, envolvendo, eventualmente, questão de competência de foro ou de juiz.

Nesse sentido convém registrar importante decisão do antigo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, onde resultou assinalado que não podem as autoridades judiciárias corrigir, liminarmente, a classificação ou definição jurídica do fato apresentada pelo Ministério Público nem rejeitar a denúncia sob o fundamento de erro na classificação feita (arts. 41, 383 e 384 do C.P.P.). Com base na classificação ou definição jurídica do fato apresentado pelo Ministério Público é que os juízes terão de apreciar a própria competência⁹. De outra feita, resultou assentado o seguinte:

“Uma vez que, segundo o dr. procurador-geral, se configura delito culposo e não mera contravenção, tal parecer constitui instrução para o órgão do Ministério Público na vara Criminal a que foi distribuído, devendo para ali ser encaminhado o processo”¹⁰.

⁷ Assim decidiu o Exmo. Sr. Procurador Geral da Justiça, Professor CLOVIS PAULO DA ROCHA, o conflito de atribuições suscitado no inquérito n.º 28.667 da 18.ª Vara Criminal. (Processo 19/00976/72 da Procuradoria Geral da Justiça). O conflito teve como suscitante o 13.º Promotor Público e como suscitado o 30.º Promotor Substituto.

⁸ “De nulidade da nomeação de promotor ad hoc por juiz de direito”, Dr. FLÁVIO RODRIGUES SILVA, Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Tese apresentada no 2.º Congresso Fluminense do Ministério Público de 20 a 24 de novembro de 1968, Teresópolis, 1971, págs. 296/306.

⁹ Acórdão da 2.ª Cam. Criminal do tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 13 de setembro de 1951, no conflito de jurisdição n.º 469, relator o desembargador MÁRIO GUIMARÃES FERNANDES PINHEIRO, Diário de Justiça de 28 de agosto de 1952, pág. 4068, apud “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, EDUARDO ESPINOLA FILHO, volume II, n.º 275, pág. 343, “Editor Borsoi”, Rio de Janeiro, 1965.

¹⁰ in op. cit., volume II, n.º 275, pág. 343.

Averbe-se, por oportuno, que, nos casos citados, não se tratava de divergência surgida entre Promotores, mas entre o órgão do Ministério Público e a autoridade judiciária antes ou no momento da propositura da ação.

É bem de ver o art. 109 da lei processual penal estabelece que, se em qualquer fase do *processo* o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, deverá declará-lo nos autos, haja ou não alegação da parte, não se tornando necessário aguardar a fase final do feito para dar-se por incompetente.

A lei, que não usa as palavras em vão, aplicou, com acerto, o vocábulo *processo*, pois que, aí, havendo ação, cabe ao juiz decidir, como de direito, a respeito da competência. O conflito que, então, surgir será, conforme o caso, de competência ou de jurisdição com outro juízo. Nada obstará, porém, que, antes, qualquer das partes recorra, no sentido estrito, da decisão que concluir pela incompetência. (art. 581, II do C.P.P.).

Aqui, na fase processual, no Ministério Público, só poderá fazer uso do recurso cabível, (art. 581, II do C.P.P.) ao contrário do que se dá no momento que antecede a propositura da ação, onde lhe compete examinar as condições da ação, os pressupostos processuais (entre os quais se inclui a competência), o aspecto formal da inicial e, evidentemente, as questões de direito material relacionadas com a classificação da infração penal.

A ele, Ministério Público, incumbe decidir onde e como deve apresentar a demanda.

Ficou visto que a *opinio delicti*, nesta fase, pode apresentar reflexos na competência de foro ou de juiz. Basta relembrar os exemplos citados, extraídos do repertório da jurisprudência (Cf. citados 8 e 9). Ocorreu, naqueles casos, igualmente, conflito de atribuições *sui generis* entre o Estado-Administração e o Estado-Juiz, decorrente da divergência surgida entre ambos. Há, porém, uma particularidade: é que o conflito não se operou entre autoridades, mas entre parte e autoridade, partindo do princípio de que esta não pode impor àquela a maneira como deve ser posta a demanda.

Havendo processo, como já assinalado, tudo muda de figura, resolvendo-se o problema da forma acima vista.

Satisfeitas que estejam as condições da ação, (art. 43 do Código de Processo Penal) só resta ao juiz receber a inicial.

As questões de competência ou de jurisdição após surgirem, resolvem-se através da iniciativa do próprio juiz (art. 109), agindo de ofício, por defesa indireta através da exceção processual própria (art. 95, II) ou, ainda, pelo uso do conflito de competência ou de jurisdição (art. 113).

Chego, agora, ao ponto crítico do problema, onde, no meu entender se penetra em zona pouco nítida, já que competência e atribuição se interpenetram, impondo-se a prevalência da primeira, sem prejuízo da interposição do recurso cabível por parte do Ministério Público.

Ficou assentado, até aqui, que a questão relacionada com a *opinio delicti* no momento que antecede o oferecimento da denúncia é privativa do Ministério Público, podendo o juiz, se pretender emenda-la, proceder na forma dos arts. 383 e 384 da lei processual. Resultou exposto, do mesmo passo, que, às vezes, em face da posição assumida pelo órgão da acusação, haverá consequência, pelo menos imediata, na fixação da competência. Afirmou-se, outrossim, não ser verdadeira a alegação de que é o momento em que o conflito ocorre que o caracteriza, mas sim a natureza das questões em jogo.

Pois bem, cumpre, agora, demonstrá-lo, trazendo à liça exemplo que ainda não me foi dado apreciar na prática mas que, eventualmente, pode ocorrer. Ponha-se o caso seguinte: na fase pré-processual surge, entre Promotores, conflito a respeito da *opinio delicti*, apresentando consequências na competência para apreciação do feito. Acontece, porém, que, em um dos procedimentos, um dos juízes já praticou ato de processo através da concessão de fiança ou de decretação da prisão preventiva do indiciado ou quejandas, definindo, destarte, sua competência.

Quid iuris em tal caso?

Já aí, em meu pensar, não mais se poderá falar em conflito de atribuições pois a prática daqueles atos prevenirá a competência do juiz respectivo. O conflito a ser suscitado, em tal hipótese, só poderá ser o de competência ou o de jurisdição, conforme o caso.

Observa-se, pois, a assertiva da afirmação no sentido que não é, necessariamente, o momento em que o conflito se dá que define sua natureza, mas sim as questões processuais que giram em torno do problema.

Havendo ação penal, a divergência que, então, surgir entre magistrado e o órgão do Ministério Público a respeito da *opinio delicti* se resolverá por aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal. O dissentimento poderá surgir no momento em que o juiz, chamado a sentenciar, mandar os autos com vista ao Ministério Público para fim de aditamento (art. 384 § único C.P.P.). É evidente que o órgão do Ministério Público não está obrigado a fazê-lo se entender incabível a acusação mais grave.

Ponha-se às claras a questão com o seguinte exemplo tirado de caso concreto que se passou em nosso foro: o promotor, em finais, pediu a absolvição do réu. O juiz, discordando, mandou os autos com vista ao Ministério Público para aditamento de denúncia. O promotor, como é óbvio, coerente com o seu ponto de vista, sustentando nas suas fundamentadas alegações finais, recursou-se a aditar a inicial, mas alvitrou a solução da aplicação, por analogia, da regra contida no art. 28 da lei processual penal. A sugestão resultou aceita, ensejando manifestação do Procurador-Geral a respeito da matéria, sustentando como correta a posição de imposição legal (art. 385 do C.P.P.). Porém, só poderá fazê-lo nos limites do pedido, pena de violar o princípio *ne procedat iudex ultra petendum*, informador da jurisdição penal, derivado das próprias garantias do sistema acusatório.

Como preleciona o sábio *José Frederico Marques*, “uma vez que não existe, entre nós, o juiz inquisitivo, cumpre à acusação delimitar a área de incidência da jurisdição penal e também movimentá-la através da propositura de ação penal”¹¹. Ora, o aditamento nada mais é que uma inicial acrescida, tanto que deve ser recebido, embora a nossa bisonha legislação processual penal não se tenha ocupado da sua regulamentação.

É que o aditamento está ligado ao “poder de ação”¹², próprio do Estado-Administração, de que o Ministério público é órgão, ao passo que o juiz exerce o “poder jurisdicional”¹³, na dependência da iniciativa das partes.

No caso examinado não se pode ver um conflito de atribuição puro, pois não se encontrava em questão assunto de atribuição funcional, mas sim matéria processual envolvendo a parte (acusação) e o juiz (autoridade), órgãos de poderes diversos.

Toda esta construção analógica, que vejo em julgados antigos¹⁴, decorre de indesculpável omissão da lei processual, que, consagrando, pelo menos em palavras, o sistema acusatório, deixou de tratar, como se impunha, do conflito de atribuições, quer na fase pré-processual quer no decurso da ação penal.

O próprio rito a ser seguido em caso de conflito de atribuições apresentaria simplicidade. Se negativo dar-se-ia nos próprios autos do procedimento, com suspensão do andamento do inquérito ou do processo. Se positivo tomaria a forma de representação dirigida ao Procurador-Geral pelos órgãos do Ministério Público conflitantes, podendo o juiz suspender ou não o andamento do feito se já iniciada a ação penal. Em se tratando de conflito surgido entre as autoridades judiciárias e o Ministério Público, evidentemente que o incidente se resolveria nos próprios autos com suspensão da causa.

No momento em que está para surgir um novo Código de Processo Penal, é de esperar-se que a nova lei dê ao assunto o relevo devido, emprestando solução técnica para uma questão processual até hoje descurada pelo legislador.

Fica como sugestão de um modesto artesão do processo.

¹¹ “Elementos de Direito Processual Penal”, volume I, n.º 100, pág. 191, “Forense”, Rio-São Paulo, 1ª edição – 1961.

¹² “Processo Penal”, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, volume I, pág. 326, “Edição Jalovi”, Bauru, São Paulo, 1972.

¹³ in op. cit., volume I, pág. 326.

¹⁴ in op. cit. volume II, n.º 275, págs. 342 e 344.

A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal ¹⁻²

Sergio Demoro Hamilton

1. A persecução criminal, em nosso processo, desenvolve-se em duas fases: a primeira, em regra, quando do inquérito policial ao passo que a segunda, em juízo, através da ação penal. Esta, como é notório, em geral é promovida pelo Ministério Público, titular da ação penal pública (arts. 100 do CP, 24 do CPP e 129, I da CF), salvo nos casos da impropriamente chamada ação privada subsidiária da pública, quando o particular, em razão da inércia do Ministério Público, adquire legitimidade extraordinária para agir, não deixando, no entanto, o *Parquet* de figurar como parte adjunta (art. 29 do CPP). Na verdade, como já afirmei³, faz muito, a ação, em tais casos, não perde, jamais, sua natureza pública; a lei, apenas, confere ao particular a possibilidade de intentar a ação, caso, no prazo legal, o Ministério Público não venha a fazê-lo. Todo o equívoco de terminologia decorre da defeituosa redação do art. 29 do CPP, quando, em seu proêmio, afirma que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública...”. Ora, a ação ou é pública ou é privada. Esta a questão ontológica que se põe. O defeito da lei, quero crer, é mais semântico, que de essência, como se pode constatar da própria visão integral do aludido dispositivo. A leitura correta que o texto legal deveria conter, no meu entendimento, seria a seguinte: será admitida a iniciativa do particular, propondo a ação, nos crimes de ação pública... Outro caso em que ao particular é conferido o direito de agir dá-se nas raras hipóteses de ação privada, onde, como sabido, ocorre o fenômeno da substituição processual. (arts. 30 e 31 do CPP).

Demonstra-se, dessa maneira, que, mesmo na fase processual, o Ministério Público não detém a exclusividade da ação penal. Em casos raros, que a lei especifica, ele cede lugar ao particular.

Também com a Polícia Judiciária ocorre fenômeno processual análogo. Em regra a persecução criminal, na fase pré-processual, é por ela exercida, porém tal atribuição não lhe outorga o monopólio para a apuração do fato criminoso e da respectiva autoria. Tal colocação do *thema* encontra sua razão de ser em função de equivocadas interpretações que o assunto tem merecido, aqui e ali, procurando conferir à Polícia Judiciária atribuição

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 6, p. 226-243, jul./dez. 1997.

² Trabalho concluído em 30.08.97.

³ Sergio Demoro Hamilton, “Primeiras Notas Sobre o Anteprojeto de Código de Processo Penal”, in “Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro”, nº 13, 1981, pág. 219/229, item 07.

exclusiva para a investigação penal. É certo que se trata de entendimento minoritário, movido, o mais das vezes, em função de desavisado corporativismo que conspurca qualquer colocação lógica e sistemática no estudo doutrinário da matéria. Onde penetra a paixão a razão não encontra lugar para reinar.

É tentando contribuir no sentido de buscar uma perfeita compreensão da tormentosa questão que o presente estudo ganhou vida.

2. É bom começo examinar a própria lei processual penal. Com efeito, nela, jamais se afirmou que a ação penal encontrasse lastro *somente* com base em investigação policial. Na verdade, o vetusto Código de Processo Penal, em várias passagens, alude, expressamente, à possibilidade de que o processo tenha início com base em qualquer suporte fático idôneo.

Na realidade, o art. 4º do CPP, após estabelecer a atribuição *ordinária* da polícia judiciária para a apuração das infrações penais e da sua autoria, através do inquérito policial, ressalva, expressamente, a possibilidade da existência de inquéritos extrapoliciais para o mesmo fim, desde que efetivados por autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função investigatória (art. 4º, parágrafo único do CPP).

Tais inquéritos são elaborados por outras autoridades que não as policiais mas, igualmente, podem servir de substrato para a ação penal. É o caso, por exemplo, de “crimes contra a saúde pública, em determinadas infrações ocorridas nas áreas alfandegárias”, em que as autoridades administrativas ficam revestidas de poderes para elaborar inquéritos que possam servir de alicerce à denúncia. Veja-se, ainda, a alínea “b” do art. 33 da Lei 4771, de 15.09.65”. Os exemplos são de *Tourinho*⁴.

Mas, como se verá, não há obrigatoriedade que a peça de informação, que acaso venha a servir de base à exordial de acusação, seja, necessariamente, elaborada por autoridade que exerça função investigatória. Qualquer dado probatório, mesmo que produzido por particular, pode lastrear a acusação, desde que, evidentemente, esteja revestido da indispensável idoneidade.

Voltemos, pois, ao velho Código de Processo Penal, vigente há mais de meio século, e fácil será constatar a infinidade de dispositivos que, à saciedade, demonstram a desnecessidade do inquérito policial.

Com efeito, o art. 12 do CPP deixa claro que o inquérito policial acompanhará a denúncia ou a queixa sempre que servir de base a uma ou a outra. Conclui-se, com facilidade de percepção, que, pela leitura do texto legal, a inicial de acusação nem sempre terá como suporte probatório aquele procedimento administrativo.

Da mesma forma, o art. 27 do CPP faculta a qualquer pessoa do povo provocar a iniciativa do Ministério Público nos casos em que caiba ação pública...

⁴ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 01, pág. 189, Editora Saraiva, 18ª edição, 1997.

Para que finalidade?

É que o Ministério Público, com base na delação criminal, poderá requisitar a abertura de inquérito policial (art. 5º, II do CPP) ou, caso a *delatio criminis* contenha elementos suficientes, ofertar, desde logo, a denúncia.

Bem claro é o art. 39, § 5º do CPP, ao aludir que o Ministério Público poderá *dispensar o inquérito policial se*, com a representação perante ele oferecida, venha a sentir-se habilitado a dar início à ação penal.

Não discrepa de tal orientação o art. 46, § 1º do CPP, quando afirma que o Ministério Público pode *dispensar o inquérito policial* desde que as peças de informação que lhe forem com vista o autorizem a ofertar a denúncia.

Quando cogita do arquivamento, o art. 28 do CPP alude, expressamente, à possibilidade de que ele se dê em função do inquérito policial *ou de quaisquer peças de informação* levadas ao conhecimento do Ministério Público. Veja-se, também, a referência feita ao arquivamento das peças de informação no art. 67, I do CPP, se bem que para outros fins.

No campo da legislação federal, ao lado do Código de Processo Penal, outras, muitas outras leis, autorizam, expressamente, que a acusação seja formulada pelo Ministério Público fundada em peça de informação diversa da do inquérito policial.

Assim, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 33, parágrafo único), estabelece que, quando no curso de investigação houver indício da prática de crime (*rectius*, infração penal) por parte de magistrado, incumbirá à autoridade policial, seja ela civil seja ela militar, remeter os autos respectivos ao tribunal (ou órgão especial) competente para o julgamento, a fim de que ele prossiga na investigação.

A autoridade judiciária, da mesma forma, exerce função investigatória no chamado inquérito judicial cogitado na Lei de Falências (art. 103 e seguintes). É tal inquérito que serve de base para a acusação a ser formulada pelo Ministério Público.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625, de 12.02.93) estabelece procedimento assemelhado ao traçado pela LOMAN, quando, no curso de investigação, ocorrer indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, determinando, tal como ocorre com os juízes, que autoridade policial, civil ou militar, remeta os autos respectivos, pena de responsabilidade, ao Procurador-Geral de Justiça, a quem *incumbirá dar seguimento à apuração* (art. 41, parágrafo único, destaques meus).

Ao lado de tais dispositivos, outros há, e muitos, que consagram a possibilidade da investigação penal ser levada a cabo por autoridades outras que não a policial. *Tourinho*, em feliz expressão, designa-os como “inquéritos extrapoliciais”⁵. Alguns deles já foram referidos linhas acima (2, *supra*). Resta enumerar outros:

⁵ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 01, pág. 178/179, Editora Saraiva, 18ª edição, 1997.

a) nos inquéritos administrativos instaurados no objetivo de apurar falta funcional, caso venha a ser constatada a existência de ilícito penal de ação pública incondicionada, bastará à autoridade administrativa, pelos canais competentes, fazer chegar às mãos do órgão do Ministério Público a peça de informação respectiva, mediante cópia, para que, se for o caso, com base nela, se instaure a instância penal;

b) da mesma forma, um I.P.M., (inquérito policial militar) pode servir de base para a denúncia perante a justiça comum, desde que nele se constate, no curso da investigação, a ocorrência de infração penal que escape à competência da justiça castrense;

c) a Lei 1579, de 18.03.52, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, igualmente, enseja a possibilidade de que o inquérito parlamentar sirva de suporte probatório para a acusação do Ministério Público.

Mas ainda há o que dizer em matéria de lei federal. Com efeito, dispõe o art. 80 da Lei 8625, de 12.02.93 (LONMP) que as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União aplicam-se, em caráter subsidiário, aos Ministérios Públicos dos Estados. Ora, se assim é, a Lei Complementar nº 75, de 20.05.93 (LOMPU), em seu artigo 8º, incisos I, V e VII não poderia ser mais clara ao dispor:

a) que o Ministério Público pode notificar testemunhas, requisitando sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada (I);

b) que o Ministério Público pode *realizar diligências investigatórias* (V, destaques do autor);

c) por fim, que o Ministério Público pode expedir notificações e intimações necessárias aos *procedimentos e inquéritos que instaurar* (VII, destaques do autor).

Que dizer da Lei 8625, de 12.02.93 (LONMP)?

Em verdade, segundo estabelece o art. 26, inciso I da LONMP, o Ministério Público, no exercício de suas funções, pode instaurar inquéritos civis e outras medidas *e procedimentos administrativos pertinentes* (destaques meus). Como de fácil observação, ao referir-se a procedimentos administrativos (gênero), estava a LONMP, evidentemente, a cogitar do inquérito policial (espécie), que, como de sabença trivial, nada mais é que um procedimento administrativo. A doutrina, *una voce*, assim o proclama. Restaria ocioso estar, aqui, a repetir truísmos.

Aliás, seria destituído de sentido que a lei conferisse ao Ministério Público uma extensa relação de direitos e faculdades, no longo enunciado constante dos diversos incisos, alíneas e parágrafos do art. 26 da LONMP com o único e exclusivo objetivo de contemplar os inquéritos civis. Ora, como sabido e ressabido, a função principal do Ministério Público *ainda* se desenvolve no campo do processo penal. Aqui, como de elementar conhecimento, sua atividade se faz presente em *todos* os feitos criminais.

Cabe, no momento, a seguinte indagação que me parece revestida de inteira pertinência:

Por que o Ministério Público pode requisitar diligências à autoridade policial (que, obviamente, não podem ser desatendidas) e não dispõe do poder de, ele mesmo, realizá-las?

Coloca-se, por oportuno, outra questão:

Por que o Ministério Público pode requisitar *diretamente* provas diversas (documental, pericial, etc...) mas lhe seria vedada a colheita *direta* da prova oral?

Qual a diferença de essência que existe entre aqueles meios de prova, já que todos enumerados no Capítulo da Prova (art. 155 a 250 do CPP)?

Na realidade, o art. 26, I, “a” da LONMP autoriza, expressamente, o Ministério Público a expedir notificações para a colheita de depoimentos, podendo, inclusive, fazer uso da força pública se desatendida a notificação sem justo motivo.

Notifica-se alguém para que fim?

Para ser ouvido, evidentemente.

Da mesma maneira, o art. 26, § 4º da LONMP, complementando o dispositivo acima citado, proíbe o desconto do vencimento ou salário em razão de falta ao trabalho para atendimento a notificação ou requisição, desde que comprovado, mediante declaração escrita do membro do Ministério Público, que a pessoa convocada (testemunha, ofendido ou indiciado) compareceu à sua presença.

E tais pessoas comparecem com que finalidade?

Para serem ouvidas, é óbvio.

Com efeito, o art. 26, I, “a”, “b” e “c”, o art. 26, II, o art. 26, IV, o art. 26, V, o art. 26, § 4º, o art. 32, II e 43, XIII, todos da LONMP, restariam afrontados, quer diretamente quer por via reflexa, desde que o Ministério Público não pudesse investigar *diretamente*.

De igual forma, a Constituição Federal não conferiu exclusividade à polícia civil para a investigação penal. O art. 144, § 4º da Lei Maior limitou-se a explicitar a competência da polícia civil (art. 144, § 4º), tendo em vista peculiaridades próprias dos Estados do Norte e Nordeste, onde cabos e sargentos da P.M. normalmente exerciam as funções de delegado de polícia. Os exemplos são, mais uma vez, extraídos de *Tourinho*⁶. Na atualidade, tal não mais será possível. Daí a conferir-se exclusividade à polícia judiciária para a elaboração de inquéritos policiais vai enorme distância!

Aliás, no que respeita ao § 4º (relativo à Polícia Civil) merece registro que nele não figura a locução “com exclusividade” constante do inciso IV, do § 1º do art. 144 da CF.

Averbe-se, ainda, o art. 129, inciso VI da Carta Magna que alude, expressamente, aos “procedimentos administrativos” instaurados pelo Ministério Público, expressão genérica que, como por demais conhecido, abrange o inquérito policial (mera espécie

⁶ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 01, pág. 176/177, Editora Saraiva, 18ª edição, 1997.

de procedimento administrativo). Anote-se, por oportuno, que não teria sentido a Constituição Federal usar a expressão “inquérito policial” em relação ao procedimento investigatório de natureza penal no âmbito do *Parquet*, como é óbvio. Pode, contudo, como assegurado pela Constituição Federal, instaurar quaisquer procedimentos administrativos (gênero) de cunho investigatório, inclusive na esfera penal, área, repita-se, onde a atuação do Ministério Público ainda assume maior relevância.

Mais ainda:

Enumerando as “funções institucionais” do Ministério Público, a Constituição Federal de 1988 lhe atribui as de:

“I – Propor, *privativamente*, a ação penal pública, na forma da lei;
VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial...”

Os dispositivos em questão, como assevera o douto Professor *Helcio Alves de Assumpção*⁷, “contêm poderes explícitos, que se traduzem em efetuar requisições e propor ações”. E prossegue:

“mas envolvem também necessariamente poderes *implícitos*.
É conclusão inevitável, se não se pretender reduzir as normas constitucionais a *flatus vocis*, em discurso puramente retórico, e os poderes explícitos a atribuições ocas, inócuas, sem repercussão prática alguma, insuscetíveis de operar no plano dos fatos.”

Trata-se, não há negar, de colocação doutrinária irresponsável, uma vez que de nada valeriam tais poderes, caso o Ministério Público não pudesse, *sponte sua*, promover de forma autônoma a investigação necessária quando a Polícia não se apresente capaz - não importa a razão - de obter os dados indispensáveis para o exercício de dever afeto à Instituição.

Mas incumbe dizer mais em sede Constitucional. Insta acentuar que a Carta Magna, no art. 129, VII, insere entre as funções institucionais do Ministério Público a de “exercer o controle externo da atividade policial”. Pois bem: parece-me perfeita, em tal sentido, a análise percuciente levada a efeito pelo Professor *Helcio Alves de Assumpção*⁸ ao examinar a matéria. Dou-lhe a palavra:

⁷ Helcio Alves de Assumpção, parecer no recurso extraordinário interposto no *habeas corpus* de nº 615/96, já admitido pela III Vice-Presidência do TJRJ.

⁸ Helcio Alves de Assumpção, no parecer citado *in* nº 5.

“Está certo que o controle que a Constituição impõe ao Ministério Público é externo, e não interno. Não se exerce no âmbito da Polícia, como ocorre em tantos lugares do mundo, impecavelmente civilizados, e não se traduz em subordinação hierárquica.

Sendo, porém, externo não pode deixar de exercer-se senão sobre aquilo que, externamente, a atividade policial produz, que é o resultado da apuração; precisa, por isto mesmo, um controle funcional, e, além disto, manifestar-se através de todos os expedientes suscetíveis de suprir ou corrigir faltas ou falhas ocorridas na investigação policial o que não se faz utilmente senão, nos casos em que seja necessário, tomando a frente da investigação, ou, em outras palavras, promovendo, *motu proprio*, diligências investigatórias.”.

Penso irreparável a lição do ilustre jurista. Ofenderia os mais comezinhos princípios da lógica fazer do inquérito policial um fim em si. Não! Ele reveste caráter instrumental e existe, basicamente, para ensinar ao Ministério Público a formação da *opinio delicti*. E só!

3. Resta examinar o assunto à luz da jurisprudência. Aqui, igualmente é forçoso reconhecer que as idéias acima defendidas vêm ganhando acolhida.

Parece-me inexistir dúvida de que a acusação pode fundar-se em inquérito extrapolicial, como se pretendeu demonstrar nas linhas precedentes (2, *supra*). *Tourinho*, como já ficou assinalado, é taxativo, ao afirmar “que os inquéritos nem sempre são policiais; os extrapoliciais têm a mesma finalidade”⁹.

Convém indagar, então, se o Ministério Público pode investigar, *diretamente* e por seus próprios meios, o fato criminoso. Já registramos que a providência encontra base na legislação infraconstitucional e na própria Constituição Federal.

E a jurisprudência, como enfrenta o problema?

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve a oportunidade de assinalar a possibilidade da colheita de provas *diretamente* pelo Ministério Público, considerando tal procedimento amparado por lei, ao registrar que a Constituição Federal não estabeleceu com relação às Polícias Cíveis a exclusividade que confere no § 1º, IV, à Polícia Federal para exercer as funções de Polícia Judiciária, reconhecendo que o Ministério Público está legitimado a fazer investigações¹⁰.

Na verdade, como de fácil compreensão, a Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a faculdade de requisitar e de notificar (art. 129, VI), defere-lhe, *ipso facto*, o poder de investigar, na qual aquelas atribuições se subsumem.

⁹ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 01, pág. 179, Editora Saraiva, 18ª edição, 1997.

¹⁰ “Revista dos Tribunais”, ano 79, Janeiro 1990, vol. 651, págs. 313/321.

O próprio Supremo Tribunal Federal, muito *antes* da atual Constituição Federal, onde, como é notório, a Instituição ganhou tratamento de maior relevância, já assinalara a possibilidade de que o Ministério Público, ele mesmo, pudesse colher prova oral na fase pré-processual¹¹.

No mesmo diapasão apresentam-se as manifestações mais recentes do Pretório Excelso. Com efeito, em decisão atualíssima, a Corte Suprema indeferiu liminar pretendida pela ADEPOL contra resolução baixada pelo Procurador-Geral de Justiça do Paraná que instituiu na comarca de Curitiba a Promotoria de Investigação Criminal¹².

De outra feita, o Pretório Maior, voltado para fins assemelhados, indeferiu liminar pretendida pela “ADEPOL” contra dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que atribuem à Coordenadoria-Geral de Perícias, órgão estranho aos quadros da Polícia Civil, a prática de perícias médico-legais e criminalísticas e outras, por entender que não haveria ofensa ao art. 144, § 4º da Constituição Federal¹³.

Pouco antes, a mais elevada Corte do País, em sessões de 08 e 15 de março de 1995, indeferira cautelar postulada no objetivo da suspensão dos efeitos da Resolução nº 447, de 17.06.94, da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, versando a respeito de matéria correlata com o *thema* em exame¹⁴.

Aliás, a Suprema Corte, através da Súmula 397, assegurou ao Poder Legislativo o direito de investigar em caso de crime cometido nas dependências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, estabelecendo o regimento respectivo a prisão em flagrante do acusado e a *realização do inquérito*.

De igual sentir foi a decisão unânime do Superior Tribunal de Justiça, ao ressaltar que “não causa nulidade o fato do Promotor, para a formação da *opinio delicti*, colher preliminarmente as provas necessárias para ação penal¹⁵.”

4. Mas prosseguir é preciso.

Que dizer da doutrina?

Em sede doutrinária, quando em exame as atribuições do Ministério Público retratadas no art. 129 da Lei Maior, assim disserta *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*¹⁶, ao destacar, de modo especial, o inciso VI:

¹¹ *Habeas Corpus* nº 60.364 – RJ, 1ª Turma – Rel. o Ministro Soares Muñoz, in “RTJ” nº 107, págs. 98/109.

¹² ADI nº 1336, PR, relator o Ministro Octávio Galotti, em 11.10.95, in DOERJ, Parte III, de 07.08.96, pág. 3.

¹³ ADI nº 1414, rel. o Ministro Sidney Sanches, em 19.06.96, in DOERJ de 20.09.96, Parte III, pág. 03.

¹⁴ 12 ADI nº 1138.

¹⁵ 13 RHC 0003586, de 09.05.94, 6ª Turma, rel. o Ministro José Cândido de Carvalho Filho, *apud* “O Ministério Público e a Investigação Criminal”, Ricardo Ribeiro Martins, in “Tribuna do Advogado”, fevereiro de 1997, pág. 15.

¹⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Federal*, 1988, vol. 03, pág. 49, 1994.

“Essa norma destina-se a agilizar o desempenho por parte do Ministério Público de suas atribuições, particularmente das que dizem respeito ao inquérito civil e *mesmo às investigações na esfera policial*.” (destaques meus).

Incisiva é a lição de *Hugo Nigro Mazzilli*¹⁷ ao estudar o assunto:

“Como vimos no Capítulo V, pode o órgão do Ministério Público promover *diretamente* diligências destinadas à apuração de ilícitos penais, o que de todo é natural, sendo ele o destinatário de investigação policial e o *dominus litis*”. (destaque meu).

E complementa seu pensamento, arrimado em vasta jurisprudência, ocupando-se, expressamente, da situação do promotor que investiga fatos, ao assinalar¹⁸:

“Tem reconhecido a jurisprudência inexistir impedimento do *promotor que investiga os fatos* ou oficiou no inquérito policial, quando da ação penal” (RT 580/433 – STF; RTJ, 107/98; JSTF, *Lex*, 56/328; “Jurispenal”, 46/94; JTACrim SP, *Lex*, 58/66, destaques meus).

Diverso não é o aconselhamento de *Tourinho*¹⁹ ao prelecionar, com a clareza habitual, que o inquérito policial é *dispensável*, salientando que seria uma superfetação exigir-se o inquérito policial se o titular do *jus perseguendi in judicio* “tiver em mãos os elementos que o habilitem a ingressar em juízo”.

Aliás, seria rematado despautério admitir-se que uma peça de informação advinda de um particular, desde que idônea, pudesse servir de base para a oferta da denúncia, enquanto que outra, decorrente de investigação levada a efeito pelo próprio *Parquet*, diretamente e por seus próprios meios, de nada servisse.

Estranho ilogismo!

*Júlio Fabbrini Mirabete*²⁰, por seu turno, discorre:

“Os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da polícia judiciária, ressalvando expressamente a lei a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4º do CPP).

¹⁷ Hugo Nigro Mazzilli, *Manual do Promotor de Justiça*, pág. 180, Saraiva, 1991.

¹⁸ Hugo Nigro Mazzilli, *Manual do Promotor de Justiça*, pág. 180, Saraiva, 1991.

¹⁹ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Prática de Processo Penal*, págs. 06/07, Saraiva, 1992.

²⁰ Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, pág. 77, 4ª edição, São Paulo, 1995.

Não ficou estabelecido na Constituição, aliás, a exclusividade de investigação e de funções de polícia judiciária em relação às polícias civis estaduais”.

Destaco, ainda, o proficiente estudo do Professor *Ricardo Ribeiro Martins*²¹, abordando o *thema* em análise, ao demonstrar que a função investigatória não é privativa da polícia judiciária, uma vez que o art. 144, § 4º da Constituição Federal não confere à Polícia o monopólio da investigação. Nele, assinala o ilustre jurista, “não figura qualquer referência à exclusividade, como acontece, por exemplo, nos arts. 51, 52, 96 e 129, I, todos da Lei Maior”. E acrescenta: “soa absurdo o Ministério Público poder requisitar diligências à autoridade policial e não poder fazê-lo por conta própria. Não há razão lógica para tal vedação”. Mostra-nos, também, que a moção apresentada perante a “VIII Conferência Estadual da OAB-RJ”, no sentido da declaração de ilegitimidade de procedimentos investigatórios instaurados e dirigidos pelo Ministério Público, *não* mereceu a aprovação daquela assembléia.

Com a palavra, agora, *Vicente Greco Filho*²²:

“O princípio que rege a atividade policial é o da *não – exclusividade* ou seja, admite-se que mais de um órgão apure infrações penais, o que, ademais, é de *interesse público*”. (destaques meus).

Penso de grande relevância a colocação do ilustre mestre paulista quando põe em destaque o *interesse público* na apuração das infrações penais, que deve pairar acima de qualquer corporativismo barato.

Em exaustivo e completo estudo a respeito da persecução penal, o ilustre Professor *Marcellus Polastri Lima*²³ indica outras leis especiais, além daquelas acima referidas (nº 02), que admitem peças de informação produzidas por órgãos estranhos à Polícia Judiciária, tais como a Lei de Imprensa (onde se exige somente cópia do escrito ou a notificação à emissora), a Lei 4898 (onde basta a representação). Todas aquelas peças podem servir, obviamente, de base para a ação penal.

Conforme assinala, ainda, o Professor *Polastri*²⁴, em seu minucioso estudo a propósito da persecução criminal, a Lei 9.099/95 que cogita dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, simplesmente, *aboliu* o inquérito policial para as infrações penais

²¹ Ricardo Ribeiro Martins, “O Ministério Público e a Investigação Penal”, in “Tribuna do Advogado – OAB-RJ”, fevereiro de 1997, pág. 15.

²² Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, pág. 82, Saraiva, 1993.

²³ Marcellus Polastri Lima, *Ministério Público e Persecução Criminal*, pág. 56, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997.

²⁴ Marcellus Polastri Lima, *Ministério Público e Persecução Criminal*, pág. 59, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997.

de menor potencial ofensivo definidas no art. 61 daquele diploma legal. Com efeito, nos casos previstos na Lei 9.099/95 (art. 61), basta que a autoridade policial, ao tomar conhecimento da ocorrência, lavre um “termo circunstanciado” encaminhando-o, imediatamente, ao juizado com o autor do fato e a vítima e providenciando, do mesmo passo, a requisição dos exames periciais cabíveis no caso (art. 69).

Vê-se, pois, como o inquérito policial é despiciendo para a propositura da ação penal, que, repita-se, até a náusea, necessita, apenas, para o seu desencadeamento, de um suporte fático idôneo. Nada mais!

*Damásio*²⁵, ao deter-se no exame do art. 69 da Lei 9.099/95, afirma, com razão, que um simples “talão de ocorrência da Polícia Militar” serve como “autuação sumária”, acrescentando, ainda, que “a presença das partes perante a autoridade policial não é imprescindível. *Elas podem, excepcionalmente, levar ao Ministério Público peças de informação que substituam a autuação sumária*” (destaques meus).

Mas não é somente em relação à Lei 9.099/95 que aperfeiçoado trabalho do Professor *Polastri*²⁶ examina a dispensabilidade do inquérito policial. Já resultaram assinalados, linhas acima, alguns casos em que ele demonstra a inoportunidade de exclusividade da polícia judiciária para a apuração das infrações penais. Examinando o assunto, agora, à luz da Constituição Federal, afirma²⁷: “A Constituição quando desejou dar foro de privatividade a algum exercício de função, assim manifestou-se de forma expressa, como ao dizer que cabe ao Ministério Público promover *privativamente*, a ação penal pública (C.F., art. 129, I da CF)”. E complementa seu pensamento com a lúcida observação de *Hugo Nigro Mazzilli*: “se não se admitisse a possibilidade de apuração autônoma de crimes, por outros meios que não a polícia judiciária, haveria grave risco de inviabilizar-se, em certos casos, a apuração administrativa de algumas infrações penais.”

Há que ressaltar, ainda, a opinião do consagrado processualista, Professor *Afranio Silva Jardim*²⁸, quando, em parecer, examinando a matéria, salienta: “hoje, é expressamente prevista a *diligência direta do Promotor de Justiça* em busca da prova necessária à persecução penal, sem embargo de poder acompanhar as investigações policiais quando julgar necessário, independente de designações do Procurador-Geral” (destaques meus). O parecer em questão foi elaborado por uma Comissão da qual faziam parte, também, os Promotores de Justiça Dr. *Eduardo Valle de Menezes Cortes* e Dr. *João Baptista Petersen Mendes*.

²⁵ Damásio Evangelista de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, págs. 49/50, Editora Saraiva, 1995.

²⁶ Marcellus Polastri Lima, “O Controle Externo da Atividade Policial”, in “Suplemento Jurídico do Diário Oficial do Rio de Janeiro”, ano III, nº 31, Janeiro, 1991.

²⁷ Marcellus Polastri Lima, *Ministério Público e Persecução Criminal*, pág. 55, Editora Lumen Juris, 1997.

²⁸ Afranio Silva Jardim, Eduardo Valle de Menezes Cortes e João Baptista Petersen Mendes, parecer da Comissão criada pela AMPERJ, de 07 de abril de 1986, pág. 06.

*Tornaghi*²⁹, do mesmo passo, com autoridade de seu magistério, é taxativo ao ensinar que “a denúncia e a queixa podem ser acompanhadas de quaisquer elementos de convicção, *não têm necessariamente de basear-se no inquérito policial*. Há casos, inclusive, em que uma prova documental irretorquível tornaria supérflua a apuração policial”. (destaques meus).

*Frederico Marques*³⁰, nos seus preciosos “Elementos”, ensina ser a investigação atividade estritamente administrativa, embora possa ser feita por órgãos não-administrativos. Assim, no ensinamento do saudoso mestre, ao lado da investigação administrativa, teríamos, ainda, a legislativa e a judiciária. Ao examinar a primeira põe em relevo que o inquérito policial é a forma “por excelência” da investigação. Mostra, porém, com base no art. 4º, parágrafo único do CPP, “que autoridades administrativas diversas da de Polícia Judiciária podem exercer função investigatória”. Em relação à persecução legislativa invoca a lei nº 1579, de 18 de março de 1952, que dispõe sobre as “Comissões Parlamentares de Inquérito” esclarecendo que, apurada a prática de infração penal de ação penal de iniciativa pública, a “CPI” deverá remeter ao Ministério Público cópia do relatório e das peças colhidas no decorrer da investigação. Alude, ainda, ao inquérito judicial como forma típica de investigação judiciária (art. 108 da Lei de Falências). Por fim, completo, como sempre, no estudo da matéria, *Frederico Marques* destaca a possibilidade da investigação preliminar ser remetida diretamente ao Ministério Público, valendo como verdadeira *informatio delicti*, embora não levada a efeito por órgãos estatais. Trata-se de *notitia criminis* informativa que pode servir de base para a denúncia contra o indigitado autor da infração penal, conforme deixaram claro os arts. 27 e 39, § 5º do CPP.

Destaco, ainda, em sede doutrinária, erudito estudo dos ilustrados Procuradores da República, Dr. *Aloisio Firmo G. da Silva*, Dra. *Maria Emilia M. de Araujo* e Dr. *Paulo Fernando Corrêa*³¹, todos do Rio de Janeiro, onde a questão aqui versada mereceu esmerado tratamento. Ali, resultou registrado que, salvo exceção, não se encontra na doutrina mais autorizada um jurista de escol que defenda a impossibilidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público. Tanto o Texto Magno como a Lei Complementar nº 75/93 e, por via de conseqüência, a LONMP (art. 80 da Lei 8.625/93) “são de uma clareza solar em caracterizar a legalidade da atuação do Ministério Público, em se tratando de condução de investigação criminal no bojo de procedimentos administrativos instaurados em seu âmbito interno”.

Ressalta-se, no aludido trabalho doutrinário, referência à posição do festejado *Nelson Néri Júnior*, que, igualmente, põe em destaque a possibilidade da instauração de

²⁹ Helio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, vol. 01, pág. 168, José Konfino – Editor, Rio de Janeiro, 1967.

³⁰ José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, volume I, pág. 143, *passim* Forense – Rio-São Paulo, 1961.

³¹ Aloisio Firmo G. da Silva, Maria Emilia M. de Araujo e Paulo Fernando Corrêa, “A Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público”, *ibidem*, <http://www.teiajuridica.com.br>.

inquérito administrativo no âmbito do Ministério Público para apuração de infração penal (cf. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 3ª edição, RT, 1996, págs. 158/159), bem como à jurisprudência do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul defendendo igual entendimento (cf. H.C. 291071702, C. Crim. de férias, relator Juiz *Vladimir Giacomuzzi*, de 25.07.91, in Julgados do TARS 79/129).

Por fim, os eminentes Procuradores da República trazem à colação recentíssimo julgado do prestigiado Tribunal Regional Federal da 4ª Região no H.C. 97.04.26750-9-PR, relator o Juiz *Fábio Bittencourt da Rosa*, em que, à unanimidade de votos da 1ª Turma, aos 24.06.97 (in DJU de 16.07.97), reconheceu-se que o *Parquet* pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei e que tal poder ministerial mais avulta quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais, submetidas, como de sabença comum, ao controle externo no Ministério Público.

Seria, à luz de tantos e tão doutos ensinamentos, um curioso paradoxo que somente o Ministério Público, destinatário único de todas essas peças de informação e titular privativo da ação penal pública nos termos da Constituição Federal, não pudesse, ele mesmo e por seus próprios meios, investigar as infrações penais. Tal perplexidade tive a oportunidade de externar por ocasião de parecer que proferi no Recurso Especial interposto no *Habeas Corpus* de nº 615/96, que mereceu admissão por parte da Egrégia III Vice-Presidência do Tribunal de Justiça – RJ³².

5. O assunto ainda permite algumas considerações de natureza ética.

Fala-se tanto, nos últimos tempos, em controle externo do Ministério Público bem como no controle externo da Magistratura.

É de indagar-se: e a Polícia fica sujeita a que controle?

O Ministério Público, quando oferece a denúncia, submete-a ao exame do judiciário, que pode rejeitá-la (art. 43 do CPP). Quando requer o arquivamento, cabe ao juiz, como controlador do princípio da obrigatoriedade da ação penal, examinar se o caso comporta a providência alvitada pelo *Parquet* (art. 28 do CPP). Mesmo nos casos de atribuição originária, o Procurador-Geral de Justiça não dispõe de poderes absolutos, já que sua decisão de arquivamento das peças de informação fica sujeita a recurso do legítimo interessado para o Colégio de Procuradores de Justiça (art. 12, XI, da Lei nº 8.625, de 12/02/93, LONMP).

Que dizer da chamada ação privada subsidiária da pública, consagrada no art. 29 do CPP, e que, na atualidade, integra o elenco dos direitos individuais da Constituição Federal (art. 5º, LIX). É outra modalidade de controle externo a que está sujeito o Ministério Público, quando, não importa o motivo, o órgão do *Parquet* não promove, no prazo legal, a ação pública a que está obrigado. Em tal hipótese, o particular legitimado

³² Sergio Demoro Hamilton, parecer no Recurso Especial interposto no *Habeas Corpus* de nº 615/96, já admitido pela III Vice-Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

para agir pode promover a ação penal, suprindo, assim, a inércia do órgão de atuação do Ministério Público.

A presença do assistente do Ministério Público (art. 268 a 273 do CPP) surge como outra modalidade de controle externo do *Parquet*, notadamente quando apela na hipótese contemplada no art. 598 do CPP. Ali permite-se o recurso do ofendido ou de qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 da lei processual penal, ainda que nenhuma delas tenha promovido a sua habilitação como assistente no decurso da ação penal. Em tal caso, isto é, quando o Ministério Público não interpõe apelação no prazo legal, a lei dá ao particular o prazo de 15 dias para a interposição do apelo, contado da data em que se operar o término do prazo do Ministério Público. Observe-se bem: o *triplo* do prazo concedido, normalmente, ao Promotor de Justiça para interpor a apelação (art. 593, *caput*, do CPP).

As hipóteses, aqui enumeradas sem preocupação exaustiva, fornecem, apenas, um *tableau vivant* do controle externo a que está sujeito o Ministério Público no campo da persecução penal.

Diga-se o mesmo dos juízes e tribunais. Suas decisões e sentenças são sujeitas a recursos diversos ou a reclamação.

E assim deve ser, já que num estado de direito todos devem ter seus atos sujeitos a controle.

Volto, agora, à pergunta, como fica a Polícia?

Será que o mandamento Constitucional contido no art. 129, VII, tende a transformar-se num *flatus vocis*?

Ao estudar os diversos aspectos da atuação do Ministério Público na Inglaterra, o Professor *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*³³, nome que, por tantos anos, ornamentou o *Parquet* fluminense, teve a oportunidade de acentuar que “a concentração da atividade investigatória e persecutória nas mãos da polícia sempre foi objeto de constantes críticas, uma vez que tal situação poderia comprometer a independência e a imparcialidade da acusação”. E acrescenta: para conter tal deformação, recentemente foi criado do Serviço Real de Persecução (*Crown Prosecution Service*).

Outra não é a posição de *Helio Bicudo*³⁴ ao vaticinar que “por se achar o Promotor Público distanciado das fontes de prova é que inúmeros procedimentos, nos quais maiores são os interesses, seja pela posição dos delinquentes, seja por motivos meramente políticos, encontram resultados negativos nos tribunais. O Promotor Público, desempenhando

³³ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *O Ministério Público no Processo Civil e Penal, Promotor Natural – Atribuição e Conflito*, pág. 157, Forense, Rio de Janeiro, 1989.

³⁴ *Helio Bicudo*, “Direito e Justiça no Brasil”, pág. 209/210, *apud* parecer elaborado pela Comissão criada pela AMPERJ, constituída pelo Professor *Afrânio Silva Jardim* e pelos Drs. Eduardo Valle de Menezes Cortes e João Baptista Petersen Mendes, pág. 02, em 07 de abril de 1986.

o papel de mero repetidor daquilo que antes se faz nas delegacias de Polícia, não tem, em muitos casos, condições para atender à pretensão punitiva do Estado.” E prossegue:

“Aliás, este mal não alcança apenas o Ministério Público, mas, por igual e por natural repercussão, a magistratura. Com efeito, se são *ajuizadas somente as causas que a Polícia permite, apenas estas é que serão decididas pela Justiça.*” (destaques meus)

A mesma compreensão da matéria é esposada por *Tourinho*³⁵, ao ensinar que o Delegado de Polícia não dispõe do poder de “indultar”.

Para que tal não ocorra é preciso que o Ministério Público possa conhecer e apreciar todos os ilícitos penais de ação pública, investigando, quando necessário ou oportuno, *diretamente* o evento criminoso. Do contrário só será crime aquilo que a Polícia decidir que é. Ora, tal poder de transigir, tal poder de disponibilidade da persecução criminal é vedado inclusive ao Ministério Público por força de expressa disposição normativa emanada da própria Constituição Federal (art. 5º, XXXV). Assim, se qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, é óbvio que não se poderá conceder à Polícia Civil o poder de graça.

Vou mais longe: dentro da própria Polícia, quando o delegado indeferir a abertura de inquérito policial (em caso, por exemplo, de evidente atipicidade), tal como permitido pelo art. 5º, § 2º do CPP, entendo que a autoridade policial deverá intimar o interessado para que ele, eventualmente, venha a fazer uso do recurso hierárquico a que alude o art. 5º, § 2º do CPP. Há que dizer, ainda, que o despacho da autoridade policial terá que ser fundamentado, dando ela as razões pelas quais entende que o requerimento não está a merecer deferimento. Se as decisões judiciais e as manifestações do Ministério Público, necessariamente, terão que ser motivadas (arts. 93, IX e 129, VIII da Constituição Federal), por que razão se admitirá o arbítrio da Polícia?

É bom ter em mente que o arquivamento só se pode dar em juízo. Dí-lo, às expressas, o art. 17 do CPP. E, assim mesmo, sujeito a tríplice controle: do Promotor de Justiça, do Juiz e do Procurador-Geral (art. 28 do CPP).

Aliás, ao deter-se no aludido art. 17 do CPP, *Tourinho*³⁶, dando um passo à frente, sustenta que “se a autoridade policial entender que o fato investigado não é típico, ainda assim cumprir-lhe-á remeter os autos ao Fórum, nos precisos termos do §1º do art. 10 do CPP”. E, em outra passagem, assinalara o consagrado mestre paulista³⁷, ao cogitar do exame do art. 17 do CPP: “por outro lado, ainda que haja provas de existência de

³⁵ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 01, pág. 199, Saraiva, 8ª edição.

³⁶ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Código de Processo Penal Comentado*, volume I, pág. 45, Editora Saraiva, 1997, 2ª edição.

³⁷ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Prática de Processo Penal*, pág. 06, Editora Saraiva, 1992.

causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, deve ser instaurado o inquérito, pois a Polícia investiga apenas o fato típico. O problema da excludente de culpabilidade ou de antijuridicidade deve ser analisado em juízo”.

Outra não é advertência de *Afranio Silva Jardim*³⁸ e outros em primoroso parecer tantas vezes invocado no decorrer do presente estudo:

“Descabe, neste passo, porque conhecidas de todos, apontar as distorções que a prática das sindicâncias policiais e de seus acautelamentos geram em nosso Estado. Basta dizer, ainda no plano da legalidade, que ninguém pode ser compelido, como ocorre diariamente, a depor perante detetives em procedimentos não previstos em lei, e, por isso mesmo, sem o rigor formal, que a segurança de todos está a exigir”.

Perdoem-me a ironia: é a repetição da velha estória segundo a qual é preciso, antes, investigar para saber se o caso merece investigação...

Com que finalidade?

A quem aproveita a investigação *pro domo sua*?

São perguntas cuja resposta deixo à argúcia do meu eventual leitor.

6. É chegado o momento de extrair do presente trabalho algumas conclusões básicas:

a) é atribuição *ordinária* da Polícia Judiciária (ou Polícia Civil) exercer as funções investigatórias em matéria penal, fazendo-o através do inquérito policial (art. 4º);

b) tal atribuição, porém, *não* lhe é *exclusiva*, incumbindo, em casos *extraordinários*, a outras autoridades o exercício de funções análogas;

c) dentre as autoridades que *podem* desempenhar tais funções investigatórias, resulta evidente que o Ministério Público, por sua destinação histórica e por ser o titular privativo da ação penal pública (art. 129, I da Constituição Federal), é o maior interessado no sucesso da persecução criminal;

d) não pretende o Ministério Público cumprir, *ordinariamente*, atividade investigatória na fase pré-processual. Não é essa a sua função específica. A instituição do Ministério Público tem, na atualidade, outras, muitas outras, atribuições relevantes a serem desenvolvidas. Eu diria, mesmo, que o Ministério Público não pode nem deve, *ordinariamente*, investigar;

e) isto não significa dizer que ele não tem o *direito* de investigar *diretamente* quando, por *fas* ou por *nefas*, verificar ser oportuna ou mesmo necessária a providência;

³⁸ Afranio Silva Jardim, Eduardo V. M. Cortes e João B.P. Mendes, parecer de 07.04.86, da Comissão da AMPERJ.

f) tal colocação do *thema*, encontra apoio na Constituição Federal e em diversas leis federais, a começar pelo nosso velho Código de Processo Penal (2);

g) da mesma forma, as idéias aqui defendidas encontram apoio em sólida jurisprudência (3);

h) excelente doutrina respalda os argumentos expendidos ao longo do presente trabalho (4). Refiram-se, entre os outros, os nomes de: *Afranio Silva Jardim, Aloisio Firmo G. da Silva, Damásio Evangelista de Jesus, Eduardo Valle de Menezes Cortes, Fernando da Costa Tourinho Filho, Helcio Alves de Assumpção, Hélio Bicudo, Hélio Tornaghi, Hugo Nigro Mazzilli, João Baptista Petersen Mendes, José Frederico Marques, Júlio Fabbrini Mirabete, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Marcellus Polastri Lima, Maria Emilia M. de Araujo, Nelson Néri Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Paulo Fernando Corrêa, Ricardo Ribeiro Martins e Vicente Greco Filho;*

i) para a propositura da ação penal vale, como suporte fático, qualquer peça de informação idônea (gênero), seja ela o inquérito policial (espécie mais comum), seja ela emanada de outra autoridade ou mesmo do particular.

Pensar em contrário será fazer da investigação penal um feudo da Polícia Judiciária.

Dixi.

Reflexos da falta de atribuição na instância penal¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Na linguagem da doutrina fala-se em “juiz legal” ou usa-se a expressão mais correnteia “juiz natural” para indicar o órgão do Poder Judiciário que, segundo determinação legal, vem indicado como sendo o competente para julgar determinado feito.

É que a jurisdição, como emanção do poder soberano do Estado, não pode ser exercitada sem limites, necessitando encontrar medida, tendo em vista a vantagem que a divisão de trabalho enseja. Dessa forma, muito embora, a jurisdição, como poder de julgar em tese, seja una, torna-se imprescindível limitar, através da lei, o âmbito dentro do qual tal poder será exercido.

Haverá, em contrapartida, um “promotor legal” para officiar em determinada ação penal?

Em caso afirmativo, quais as conseqüências, nos limites da relação processual penal, da falta de atuação do órgão do Ministério Público adequado?

Na busca de resposta para tais indagações, tentarei desenvolver o tema que constitui objeto do presente estudo.

Entenda-se, desde logo, que a palavra “promotor” vem, aqui, usada em sentido amplo, para indicar o órgão do Ministério Público investido de qualidade para atuar no processo. Nessa ordem de idéias, conforme o caso, abrangeria o Curador de Massas (no processo penal falimentar), os Procuradores de Justiça (que officiam perante o segundo grau de jurisdição) e o próprio Procurador-Geral.

Dessa maneira, o vocábulo assume proporções mais amplas, para fim de exposição, evitando a repetição, a todo momento, da expressão “órgão do Ministério Público”.

2. As regras básicas da jurisdição penal e extrapenal surgem delineadas na própria Constituição Federal (artigos 112-44) como decorrência lógica do fato de ser a jurisdição um atributo da soberania do Estado. Cabe ao Código de Processo Penal (arts. 69-91) bem como, em caráter eventual, às leis extravagantes determinar as regras de competência de foro e de juízo, regulando outrossim, as causas de prorrogação de competência.

Vê-se, com facilidade, que sempre que se encontra em jogo matéria de jurisdição e de competência dos Tribunais e juízes há rigor legislativo no tratamento do assunto, partindo da própria Lei Maior e encontrando complementação por parte da lei ordinária.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista JUSTITIA*, São Paulo, 41 (nº 107), p. 141-149, out./dez. 1979.

O direito positivo, conferindo à jurisdição e à competência tratamento preciso, reflete, no particular, princípios já assentes em doutrina, tomando por base o conceito ontológico, de essência, próprio da jurisdição (poder de julgar em tese) e a noção de competência, voltada para critérios práticos de divisão de trabalho.

3. Diversa é a situação do Ministério Público. Muito embora receba tratamento constitucional (art. 94-6), não se pode, nem de longe, vislumbra regras rígidas disciplinando a sua atuação, tal como ocorre com a jurisdição e a competência dos juízes e Tribunais. O próprio Código de Processo Penal a ele se refere com a maior parcimônia, destinando-lhe dois artigos apenas (257 e 258) quando se ocupa dos sujeitos processuais. É certo que os dispositivos em questão, por sua amplitude, envolvem uma gama de situações jurídicas diversas, mas, nem assim, emprestam solução adequada ao tormentoso problema da atuação do Ministério Público no processo penal, já que o Código em vigor, em momento algum, cogitou de tratar a respeito da atribuição. A lei, ao contrário do que se dá com a jurisdição e a competência, reflete a falta de estudos doutrinários a respeito da natureza jurídica da atribuição.

A ausência de uma disciplina legal rígida, faz com que muitos autores não meditem, sequer, no assunto, com isso fazendo crer que a intervenção do Ministério Público nos feitos criminais possa efetivar-se de forma indiscriminada e sem qualquer disciplina jurídica. Em minha vida funcional, tive a oportunidade de presenciar, perplexo, a substituição de promotor (impedido ou suspeito para participar de julgamento) por colega de Ministério Público designado pelo juiz para o ato, sem a observância de qualquer critério legal, pelo simples fato de, no momento, encontrar-se o substituto disponível no foro.

4. Todo o equívoco em torno da matéria decorre, exatamente, da falta de adequada resposta para as duas perguntas que motivaram essas linhas (n. 1, *supra*) e que, agora, já podem encontrar um princípio de resposta. Há, sim, um “promotor legal” para cada processo penal: é o promotor com *atribuição* para officiar no feito. Em outras palavras: somente o órgão do Ministério Público investido de atribuição é que tem capacidade processual para atuar em determinado procedimento.

5. Atribuição, tal como aqui vem focalizada, nada mais é que a competência administrativa para atuar em determinado procedimento em juízo ou fora dele. Muitas vezes, a atribuição pode estender-se a um número indeterminado de feitos aforados perante um ou mais juízos. Nesse caso pode-se dizer que há atribuição genérica. É q o que se dá, por exemplo, quando Promotor X é designado pelo Procurador-Geral para atuar perante determinada Vara Criminal ou, ainda, para acumular junto a dois ou mais juízos criminais. Ele terá atribuição genérica para *todos* os feitos criminais distribuídos para o juízo ou juízos em que estiver lotado.

A atribuição genérica cede lugar à atribuição específica em que a atuação do órgão do Ministério Público deve limitar-se a determinado feito. Vale dizer que, nesse caso,

o Promotor em exercício perante o juízo gozará de atribuição para officiar em todos os procedimentos ali aforados (atribuição genérica) exceção feita ao procedimento em que houver designação especial (atribuição específica).

Entenda-se, desse logo, que a palavra competência, usada para definir atribuição, vem empregada no sentido comum, não guardando qualquer vinculação com o significado técnico que o vocábulo ostenta em linguagem processual, onde, evidentemente, só teria aplicação para os juízes.

Do que ficou exposto, depreende-se que é a atribuição que define a esfera de atuação do órgão do Ministério Público em um ou vários procedimentos, na fase judicial ou extrajudicial.

Pode-se dizer, para bom entendimento, que, *mutatis mutandis*, a atribuição representa para o órgão de atuação do Ministério Público aquilo que a competência significa para os juízes. Há semelhança entre os dois conceitos muito embora não se possa, de forma alguma, falar em identidade.

6. Quando um órgão do Ministério Público goza de atribuição?

Vendo a questão sob o aspecto genérico, diria que todos aquele que integra o Ministério Público, ainda que em período de estágio probatório, dispõe de atribuição para atuar validamente. A atribuição, nesse caso, decorre da investidura no cargo. Na oportunidade, será possível estabelecer uma analogia entre atribuição e jurisdição, assentando que a primeira confere à Magistratura requerente o poder de officiar ao passo que a segunda confere aos juízes o poder de julgar em tese, também em função da investidura no cargo.

Esta, como é fácil observar, uma primeira colocação do tema, visto, ainda, de forma genérica e com grande amplitude.

Vencida aquela primeira etapa (integrar os quadros do Ministério Público), como será possível chegar-se a um segundo momento, em que se encontraria resposta à indagação do presente tópico?

O “promotor legal” ou o órgão do Ministério Público revestido de atribuição será aquele cuja atuação, nos limites da lei, for fixada pelo Procurador-Geral. Essa atuação pode circunscrever-se a um ou mais juízos (aqui, nos casos de acumulação), a um ou mais feitos, expressamente, indicados, a uma ou mais câmaras de um Tribunal, bem como a atividades extrajudiciais, tais como comissões, grupos de trabalho etc.

A atribuição, em certos casos, vem delimitada no tempo ou, ainda, sofre restrição, estendendo-se, apenas, à prática de determinados atos de um procedimento.

Há peculiaridades na atribuição que a distinguem de maneira bem nítida da competência. Com efeito, pode o Procurador-Geral designar o Promotor X para officiar em determinado feito (atribuição específica) aforado em determinado Juízo em que se encontra lotado o Promotor Z (com atribuição genérica). Verifica-se que o primeiro promotor estaria

revestido de atribuição para atuar em um único procedimento, ao passo que o segundo estaria capacitado, do ponto de vista processual, para officiar em todos os demais processos, excetuado aquele para o qual somente o Promotor X gozaria de atribuição.

Recentemente, o Pretório Maior, chamado a julgar caso em que se argüira ilegitimidade de parte do órgão do Ministério Público, teve ocasião de fixar o seguinte entendimento:

“Não há ilegitimidade de parte quando o Promotor, ainda que não officie junto à Vara em que apresentou a denúncia, foi designado para tal mediante portaria do Procurador-Geral da Justiça”²

A decisão do Supremo Tribunal ilumina, com o calor do exemplo, que os princípios gerais que regem a atribuição revestem caráter *sui generis* e, por isso mesmo, não podem encontrar identificação com aqueles que regem a competência e a jurisdição, muito embora, com eles, mantenha diversos pontos de contato.

Ora, em matéria de competência tal não pode ocorrer, já que o juiz em exercício perante determinado Juízo tem competência para todos os feitos ali em andamento, não podendo sofrer qualquer limitação na sua atividade jurisdicional por parte do Presidente do Tribunal. Este violaria o princípio do juiz natural caso, de forma arbitrária, designasse determinado juiz para julgar, somente, determinado processo.

7. Os princípios básicos acima mencionados, que regem os limites da atribuição, não se aplicam ao Procurador-Geral. Este tem qualidade para officiar em qualquer feito e perante qualquer juízo. Pode atuar tanto junto aos Tribunais como também no primeiro grau de jurisdição, cessando, com sua intervenção, a atribuição do órgão do Ministério Público que vinha oficiando no feito, desde o momento em que o Procurador-Geral manifeste determinação neste sentido. É o poder de avocar que, no Ministério Público, é privativo do Procurador-Geral.

Não se confunda a avocatória a que estou fazendo referência com aquela prevista no artigo 117 do Código de Processo Penal pois neste caso, está em jogo o princípio do juízo natural. Em outras palavras: atuava no processo um juiz incompetente que se imiscuía, indevidamente, na jurisdição do Supremo Tribunal e, por essa razão, vê-se afastado do processo.

Na hipótese focalizada a situação é bem diversa. O órgão do Ministério Público que, até então, oficiava no processo dispunha de atribuição regular que se curva ao ato soberano do Procurador-Geral por mera questão de hierarquia, dada a impossibilidade de suscitar conflito de atribuições. Só iguais conflitam; o Procurador-Geral; em face da

² In Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 86, 2, novembro, 1978, p. 433, R.H.C. n. 55.705.

autoridade incontestável que dispõe na carreira do Ministério Público, não conflita; avoca, pura e simplesmente, o feito que lhe interessar e quando lhe convier.

Vê-se, agora, de forma bem nítida a distinção básica que existe entre os princípios da jurisdição e da competência e os que presidem o conceito de atribuição. Aqueles rígidos; estes flexíveis.

Outro aspecto a merecer destaque relaciona-se com a indeclinabilidade, que surge como um princípio básico da jurisdição, salvo exceções expressamente contempladas em lei (arts. 177, 222, 560, parágrafo único e outros do Código de Processo Penal).

Há, mesmo, quem sustente que, nestes casos, não se pode falar em delegação de jurisdição, pois o juiz que vai realizar a diligência nada mais faz que exercer sua própria competência, nos limites traçados pela lei. De qualquer forma, tais especulações perdem sentido quando, em jogo questão relativa à atribuição, pois o Procurador-Geral pode delegá-la a qualquer outro órgão do Ministério Público, assim, como, a todo o tempo, avocar, para seu pronunciamento, qualquer feito sob responsabilidade de outro órgão de atuação.

Merece observação o fato de que, no processo penal, somente o Procurador-Geral pode delegar atribuição a outro órgão do Ministério Público.

8. Em face das observações feitas, cabe perguntar: qual a natureza jurídica da atribuição?

Parece-me que a atribuição surge no processo penal como um verdadeiro pressuposto processual de validade da instância. Colocada a questão nestes termos, chega-se, de forma lógica, à conclusão de que sua falta vicia a relação processual sem a impedir de nascer. Dizendo de outra maneira: a relação processual existe, posto que viciada pela falta de atribuição do órgão do Ministério Público.

Prosperando, conclui-se que a ausência de atribuição traz como conseqüência a nulidade do processo ou do ato processual, conforme o caso desde que oficie no feito um promotor despidido de atribuição.

A colocação da matéria, da forma com que foi equacionada, apresenta algumas dificuldades, pois, do elenco das nulidades (art. 564 do Código de Processo Penal), não consta a atribuição. Porém, é preciso ter em mente que o princípio *nulla nullitas sine lege* não pode ser erigido à categoria de dogma. Com efeito, compulsando o aludido artigo 564 constata-se que, ali, vem indicada como causa de nulidade a suspeição omitindo-se, no entanto, o impedimento, causa, igualmente grave, de contaminação da instância penal. De maneira idêntica, aparece como causa de nulidade a incompetência, mas omite-se a falta de jurisdição, que é pressuposto de existência da relação processual.

É certo que se poderá argumentar que os pressupostos processuais de existência (e a falta de jurisdição é um deles) não precisariam, sequer, constar do elenco da lei, pois sem eles haveria um processo apenas na aparência, através de uma relação de fato entre os sujeitos mas inexistindo uma relação jurídica.

De qualquer forma, pelo que ficou dito, chega-se à conclusão que a enumeração constante do artigo 564 da lei instrumental penal não exaure todos os casos de nulidade, partindo do princípio segundo o qual o Código, ao que parece, filiou-se, em matéria de nulidades, à corrente doutrinária, que, para fins práticos, equipara a nulidade à inexistência.

Dessa maneira, se, na relação legal, houve omissão de casos de inexistência, poderia o Código, *a fortiori*, deixar de lado causas de nulidade do processo.

Daí, não cogitar da atribuição.

Assim pensando, embora não prevista, expressamente, em lei (art. 564), a falta de atribuição do órgão do Ministério Público nem por isso deixa de ser causa de nulidade.

9. A questão encontra solução mais fácil se vista por outro ângulo. De fato, o artigo 564, II do Código de Processo penal considera nulidade a ilegitimidade de parte. É fácil constatar que, muito embora não relacionada a falta de atribuição no casuísimo das nulidades, ainda assim tornar-se-ia possível reconhecer o vício formal com base no dispositivo citado, tendo em vista que a ausência de atribuição conduz, necessariamente, à ilegitimidade de parte. Dito de outra forma: o órgão do Ministério Público despojado de atribuição é parte ilegítima *ad processum*.

Falta-lhe capacidade processual. Averte-se que não se trata de ilegitimidade *ad causam*, pois, no caso, não há como falar em falta de qualidade do órgão do Estado atuante. De qualquer forma, seria o Estado, através do Ministério Público, que estaria em juízo promovendo a ação penal. Ao fazê-lo, no entanto, obrou de forma indevida, eivada de vício, que conduz à nulidade, mas não à carência de ação.

Ao conceituar a natureza jurídica da atribuição, estamos, quero crer, no campo dos pressupostos processuais. O tema, no em entendimento, não atinge as condições da ação.

É certo que o juiz, ao conhecer da inicial, deverá apreciar, desde logo, a questão. Como observa Tourinho, “em tema de rejeição da peça vestibular da ação penal, como a lei não diz se se trata apenas de *legitimatío ad causam*, ou, também, de *legitimatío ad processum*, uma ou outra poderá ser invocada.”³

Satisfeita a condição processual, isto, regularizada a atribuição através da atuação do órgão do Ministério Público regularmente revestido daquele pressuposto processual, a ação penal poderá vir a ser intentada, nos exatos dizeres do artigo 43, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Para usar a sofisticada linguagem de Carnelutti, poderia afirmar que a falta de atribuição contamina o oficial, mas não o ofício⁴. É certo que o Mestre italiano faz

³ Processo Penal, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, 4ª edição, vol. 1, p. 459, “Editora Jalovi”, Bauru, São Paulo.

⁴ Lezioni, vol. 2, p. 333, *apud* Instituições de Processo Penal, HÉLIO TORNAGHI, 2ª edição, vol. 1º, p. 433, Edição Saraiva, 1977.

referência ao problema da competência, mas, como ficou assentado, a comparação, no caso é perfeitamente cabível.

Restará, ainda, à defesa, caso haja omissão da parte do magistrado, valer-se da exceção processual adequada, nos exatos termos do artigo 95, IV do Código de Processo Penal.

10. Posta a questão nestes termos, cumpre indagar: a falta de atribuição importa em nulidade absoluta ou admite sanatória?

A resposta para a indagação só pode ser uma: cogita-se de nulidade absoluta, portanto, arguível a todo o tempo, mesmo após a ocorrência da coisa julgada formal (art. 564, II *c/c* 572 do Código de Processo Penal), incumbindo ao juiz, no momento em que a declarar, estabelecer os exatos limites da sua extensão (art. 573, § 2.º do Código de Processo Penal).

Dependendo do caso concreto, a nulidade poderá atingir determinado ato processual, alguns atos processuais ou, ainda, importar em comprometimento de todo o processo.

Convém notar que a nulidade por ilegitimidade de parte decorrente da falta de atribuição, tal como aqui vem sendo objeto de estudo, guarda relação com a ação penal pública, não abrangendo os casos de ação exclusivamente privada pois, nesta, o Ministério Público oficia como fiscal da lei (art. 564, III, *d*, do Código de Processo Penal). Abra-se exceção, no entanto, para as hipóteses de aditamento, pois, aí, como já tive a oportunidade de observar em estudo a respeito do tema⁵, o Ministério Público assume papel de parte adjunta e, como tal, o órgão do Ministério Público que promover o aditamento deve estar revestido de atribuição. Caso contrário, seria parte ilegítima *ad processum*.

11. Tratamento diverso merece o promotor ad hoc, figura processual estranha, contemplada em nosso ordenamento processual (art. 448 do Código de Processo Penal). Tenho para mim que nosso Código sofreu derrogação tácita com o advento da Constituição de 1946 (art. 127 a 128), não só por tratar-se de lei posterior como também em razão do princípio da hierarquia das leis.

Hoje, por expressa determinação da Constituição, somente o órgão do Ministério Público integrante do Poder Executivo é que dispõe de legitimidade para agir no processo penal, não podendo ser substituído por pessoa estranha aos quadros do *Parquet*.

A Constituição em vigor (arts. 95 e 96) não discrepa da orientação traçada pelo legislador constituinte de 46.

⁵ A presença do Ministério Público na Ação Penal Privada, SERGIO DEMORO HAMILTON, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, n. 6, p. 79/94, ns. 3, a 5ª.

Em recente parecer a respeito da matéria, o Promotor de Justiça Marcio Klang⁶ analisou, com riqueza de detalhes, os diversos aspectos da teratológica figura do Promotor *ad hoc*, concluindo, igualmente, pela necessidade de seu banimento do nosso processo penal.

Para fins do presente estudo, resta analisar, as consequências da intervenção do promotor *ad hoc* no processo penal. Entendo que a presença de pessoa não integrante dos quadros do *Parquet* no processo penal leva à ilegitimidade *ad causam*, importante em carência de ação e não em uma nulidade.

Para bom entendimento, faz-se mister estabelecer uma comparação com a jurisdição. Um símile grosseiro serve para ilustrar a posição doutrinária aqui defendida: suponha-se que uma pessoa estranha ao Judiciário, fazendo-se passar por juiz, presida audiências, prolate sentenças etc.

Pois bem: os atos praticados pelo falso juiz, na realidade, são inexistentes, pois existem, apenas, na aparência material ou externa. Perante nossa lei processual, no entanto, apresentam-se como atos nulos, tendo em vista que nosso direito positivo, como já assinalado, não distinguiu, para fins práticos, nulidade e inexistência. A sanção processual será a nulidade dos atos praticados pelo falso magistrado, que, igualmente, ficaria sujeito às penas do artigo 328 da lei substantiva penal. Transpondo o exemplo para o Ministério Público, admita-se que uma pessoa estranha aos quadros do *Parquet* (como é o Promotor *ad hoc*), simulando pertencer ao Ministério Público, ofereça denúncia contra determinado réu. A relação processual, na hipótese, nem nasceria, pois viciada *ad initio*. Existiria, apenas, uma relação de fato entre pessoas, mas jamais jurídica. Haveria carência de ação por ilegitimidade da parte (artigo 43, III, proêmio do Código Processo Penal).

Já se o fato ocorresse no curso de processo, inicialmente válido, o ato praticado pelo falso promotor (ou pelo promotor *ad hoc*) seria nulo com as eventuais consequências a que se refere o artigo 573, § 1.º da lei instrumental penal.

Na oportunidade, vale lembrar que, no caso do Promotor *ad hoc*, não se encontra em jogo mera questão de atribuição, mas de falta de qualidade para estar em juízo.

12. Pelo que resultou dito, cumpre assinalar algumas consequências práticas decorrentes da falta de atribuição. Assim, sempre que determinado processo, por razão de competência, vier a ter seguimento em juízo diverso daquele em que teve início, cabe ao órgão do Ministério Público, com atribuição perante o juízo competente, ratificar os atos praticados por seu colega, desde que, entre eles, se encontre algum ato processual que importe em *opinio delicti*, como é o caso da denúncia. É evidente que os atos de instrução de que participou o Promotor, que oficiava no juízo incompetente,

⁶ “Promotor *ad hoc*: praxe contra legem”, MARCIO KLANG, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça*, n. 8 “Pareceres”.

são válidos, já que, igualmente, válidos seriam os atos não decisórios praticados pelo juiz incompetente (artigo 567 do Código Processo Penal). A analogia, no caso, tem inteiro cabimento. Anote-se, outrossim, que a regra do artigo 567 da lei processual penal só merecerá aplicação em se tratando de incompetência relativa, pois, se absoluta, a nulidade atingirá a todos os atos do processo.

13. Merece observação o fato de que em caso de impedimento ou de suspeição do órgão do Ministério Público (artigo 112, 252/256 e 258 do Código Processo Penal), a substituição do Promotor *inhabilis* ou do Promotor *suspectus*, conforme o caso, far-se-á da maneira prevista na Lei Orgânica do Ministério Público respectivo ou, à falta de previsão legal, através de ato normativo do Procurador-Geral. Nunca, porém, ao alvedrio do juiz, pena de violar-se o princípio da atribuição legal, com a conseqüente nulidade do ato, que poderá, dependendo da hipótese, importar em comprometimento de todo o processo.

14. É necessário registrar que a falta de atribuição na fase do inquérito policial não importa em qualquer nulidade. Reveste-se do caráter de mera irregularidade que não deve projetar-se sobre o processo. Ao exemplo, para boa compreensão: suponha-se que determinado promotor seja designado para acompanhar um inquérito policial; sem se aperceber, outro promotor vem a officiar no procedimento, através da requisição de diligências. É evidente que os atos realizados em função da requisição do promotor despido de atribuição são válidos, podendo, inclusive, servir de base para o oferecimento de denúncia. Não haverá, sob o aspecto processual, qualquer vício capaz de contaminar a instância penal. A indevida atuação do outro órgão do Ministério Público apresenta-se como mera irregularidade, sem reflexos na relação processual penal. Desde que não havia, ainda, processo, seria destituído de sentido pretender argüir nulidade com base em irritualidade praticada em simples peça de informação de natureza administrativa e inquisitória.

Aliás, a falta de atribuição da autoridade policial, da mesma forma, não atinge o processo penal.

15. A atribuição, no processo penal, não tem recebido da doutrina a devida atenção, talvez por ser assunto de interesse específico do Ministério Público.

Procurei demonstrar, neste breve esboço, que o tema atinge de perto o processo penal, podendo trazer conseqüências graves de natureza processual.

Ficam, por agora, alinhadas algumas idéias a respeito da matéria, aguardando a sugestão e o aprimoramento que os doutos possam trazer no objetivo do aperfeiçoamento do estudo de tema tão fascinante.

O poder de requisição do Ministério Público e o Princípio da Verdade Real¹

Sergio Demoro Hamilton

1. A idéia de dedicar algumas linhas ao tema em exame decorreu do fato de que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por mais de uma de suas câmaras criminais, vem manifestando entendimento no sentido de indeferir diligências pretendidas pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia (art. 399 do CPP), sob a alegação de que o *Parquet* dispõe de poder de requisição direta das diligências que entender cabíveis para o bom desenvolvimento de sua atuação no processo. Com efeito, estabelece aquele dispositivo da nossa lei processual que tanto o Ministério Público como o querelante, ao ser oferecida a denúncia ou a queixa, e a defesa, esta obrando no prazo do art. 395 do CPP, poderão *requerer* as diligências que entenderem *convenientes* (os destaques não constam do texto). Averbe-se, desde logo, que o art. 399 do CPP integra o Capítulo I, do Título I, do Livro II, que versa a respeito da instrução criminal do “Processo Comum”, encontrando complementação no art. 499, constante do Capítulo III, do mesmo Título, onde a lei volta a asseverar que o Ministério Público poderá *requerer* as diligências cuja *necessidade* ou *conveniência* se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (destaques meus). Refere-se o último texto legal a providências que não foram postuladas inicialmente mas que vieram, posteriormente, a ser necessárias (ou somente convenientes) em razão de fatos (ou de meras circunstâncias) que, somente, resultaram apurados no decorrer da instrução criminal probatória. É nessa fase, aliás, que, igualmente, podem ser reiteradas providências em relação a medidas oportunamente pretendidas, no prazo do art. 399 do CPP, mas que, ainda, não se viram atendidas.

Dessa forma, dúvida não pode haver que o Ministério Público pode *requerer* as diligências que lhe pareçam cabíveis para bem instruir o processo, sejam elas necessárias, sejam elas apenas convenientes.

Aliás, o próprio juiz não só pode como *deve* assim proceder, ainda quando o feito venha para a sua conclusão para o fim de sentenciar (art. 502 do CPP), objetivando não somente sanar nulidade como também suprir falta que possa vir a prejudicar o esclarecimento da verdade.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 23, p. 221-230, jan./jun. 2006.

A parte final do dispositivo acima referido é mera decorrência do sistema da persuasão racional (art. 157 do CPP). Aliás, livre convencimento (sistema) e verdade real (princípio) são conceitos que se interpenetram.

Nesse ponto, a “Exposição de Motivos” do CPP desponta com uma clareza de ofuscar os olhos ao dizer:

“Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet* (item VII).”

Nesse ponto, a “Exposição de Motivos” do Código de Processo Penal faz entrever que o “poderá” da parte final do art. 156 da lei instrumental penal, na realidade e em consonância com o sistema adotado em matéria de prova, só admite uma compreensão: é dever do juiz assim proceder, esgotando todos os recursos para o alcance da verdade real.

Resulta do exposto a possibilidade de o juiz atuar de ofício na busca daquele princípio².

É interessante observar que o nosso vetusto Código de Processo Penal já previa o poder de requisição direta do Ministério Público no decorrer da ação penal, na busca de “maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção” (art. 47, constante do Título III, do Livro I, Título aquele que se ocupa da ação penal).

Também na fase do inquérito policial alude, expressamente, a tal poder de requisição do *Parquet* (Título II, do Livro I). Podem ser consultados, à guisa de exemplo, o art. 5º, II e o art. 13, II, ambos do CPP. É posição inerente ao seu poder de investigação assegurado em lei.

Portanto, fica bem claro que a nossa lei processual penal previu, expressamente, a possibilidade quer da requisição quer do requerimento, deixando ao Ministério Público uma opção quanto ao seu atuar conforme entender mais conveniente para a persecução criminal.

Observe-se que, sob este aspecto, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 e as leis infraconstitucionais que a ela se seguiram nada acrescentaram, pois, muito antes, o Código de Processo Penal já previra o poder de requisição do Ministério

² Com o advento da Constituição Federal de 1988, que adotou, sem rebuços, o chamado sistema acusatório, tenho manifestado entendimento no sentido de que não mais incumbe ao juiz a iniciativa de provas *pro societate*, só lhe cabendo atuar *ex officio* em prol da defesa, em razão do princípio do *favor libertatis*. Dessa maneira, deu-se, ao meu juízo, certa mitigação ao entendimento que possa merecer o art. 156 do CPP, que cogita do ônus da prova no processo penal e mesmo em relação à peremptória indicação constante da “Exposição de Motivos” do CPP (item VII). Para um exame mais acurado do tema, o leitor interessado encontrará exposição mais ampla em meu estudo “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, *in Processo Penal – Reflexões*, pp. 127 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

Público ao lado da possibilidade do mero requerimento, conforme melhor lhe apossesse escolher uma via ou outra.

Em outras palavras: há mais de 60 anos requisição e requerimento convivem em nossa lei processual. Estranha-se, assim, porque, somente agora, o problema tenha aflorado.

Cabe indagar: por que o Ministério Público pode, segundo a lei processual, optar por uma medida ou por outra?

Procurei esboçar uma razão para tal posição do legislador ordinário sob enfoque do exame relativo ao *direito à prova* que deve amparar o Ministério Público no processo³. Sustentei, então, que, ao lado da requisição, o *Parquet* deve, igualmente, requerer as diligências que pretenda produzir. E o motivo é simples: caso sua requisição, não importa a razão, não seja atendida em tempo oportuno, restará ao Ministério Público a possibilidade de exigir a realização da diligência requerida ao juiz no prazo legal, evitando, com a providência, a ocorrência da preclusão. Dizendo melhor: enquanto em relação à primeira providência o juiz não estará obrigado a aguardar o ingresso nos autos do resultado das diligências requisitadas (privilegiando uma das partes), em relação ao requerimento, uma vez deferido, ele gera *direito à prova* em relação ao postulante, com todas as conseqüências processuais que tal direito enseja à parte que o ostenta.

Poder-se-ia objetar que o juiz pode indeferir a diligência pretendida. Porém, o magistrado, para que venha a desacolher o requerimento da parte, só poderá fazê-lo nas seguintes hipóteses:

- a) caso a prova pretendida seja ilícita ou ilegítima (art. 5º, LVI, da CF);
- b) caso a diligência ou a prova requerida seja *manifestamente* incabível no caso concreto.

Nunca, porém, em razão do poder de requisição de que é dotado o *Parquet*.

Acrescente-se, ainda, que, na dúvida, o magistrado deve acolher a prova ou a diligência solicitada pela parte, seja ela originária da acusação, seja ela advinda da defesa.

Portanto, não é pelo fato de o Ministério Público dispor do poder de requisição direta que a prova ou a diligência pretendida deva merecer indeferimento.

Some-se ao que ficou dito, ainda, que as providências instrutórias requeridas pelas partes (acusação ou defesa) não precisam ser necessárias, bastando, apenas, que elas possam surgir como convenientes para o deslinde da causa penal. É o que assinala a parte final do art. 399 do CPP. Ressalte-se, porém, que, em relação à mera conveniência da medida a ser tomada, o juiz gozará de maior discricão para o fim de

³ Consulte-se a respeito meu estudo “Novas questões de Processo Penal”, in *MPM em revista*, Revista Cultural da Associação do Ministério Público Militar, nº 2, outono de 2003, pp. 10 e seguintes.

deferi-la ou não. O mesmo não pode ser dito quando se cogite de prova ou diligência indispensável para o julgamento da causa penal. E isto, mais uma vez precisa ser dito, vale para ambas as partes.

Vê-se, pois, que o convívio das duas providências, longe de parecer absurdo, apresenta-se extremamente salutar para o processo.

2. Suponhamos, no entanto, que o magistrado, apesar de todas as ponderações acima expostas, venha a indeferir as medidas solicitadas pelo *Parquet* no prazo do art. 399 do CPP ou mesmo na fase de diligências (art. 499 do CPP); haverá recurso contra tal decisão?

A lei não previu recurso para esta modalidade de cerceamento de prova. Por tal motivo, a questão tem sido enfrentada, entre nós (RJ), pela via da Reclamação.

Na verdade, são suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou do órgão do Ministério Público, os despachos irrecorríveis proferidos pelo juiz, que importem em erro de ofício ou abuso de poder ou ainda aquelas manifestações jurisdicionais que acarretem inversão da ordem legal do processo (art. 219 do CODJERJ).

Nesse sentido, podem ser vistos julgados do nosso Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, acolhendo Reclamação do *Parquet*, entenderam ser perfeitamente possível ao Ministério Público requerer diligências no prazo do art. 399 do CPP, independentemente do seu poder de requisição, salientando ainda ser direito subjetivo processual do órgão ministerial assim proceder. Alinham-se com tal entendimento os seguintes pronunciamentos: Reclamação nº 2003.023.0002, da 1ª Câmara Criminal, rel. Des. Nildson Araújo da Cruz, julgada em 20-5-2003; Reclamação nº 2002.023.00073, da 8ª Câmara Criminal, rel. Des. Valmir Ribeiro, julgada em 23-1-2003. Do mesmo teor podem ser registradas decisões dos Tribunais de Justiça de São Paulo, de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, onde a matéria se viu, igualmente, ventilada. Vejam-se as seguintes manifestações jurisdicionais daqueles Tribunais: Correição Parcial nº 250.527.3, São Paulo, da 6ª Câmara Criminal, de 06-08-98; TJSP, RT 645/282, SP; TJMG, Proc. 10000.03.403466-0/000 (1), de 04-10-2004; TJMG, Proc. 10000.03.403041-1/000 (1), de 03-05-2004; TJMG, Proc. 10000.03.403791-1/000 (1), de 03-05-2004; TJRS, Correição Parcial, Proc. nº 70008563314, de 06-5-2004⁴.

Destaque-se, ainda, acórdão da 4ª Câmara Criminal do TJRJ, publicado na íntegra pela “*Revista do Ministério Público*”, órgão cultural do *Parquet* do Estado do Rio de Janeiro, tendo como relatora a eminente Desembargadora Telma Musse Diuana, onde a matéria restou examinada por diversos aspectos e com riqueza de enfoques⁵.

⁴ Indicações extraídas do estudo do Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, CARDOSO, Francisco de Assis Machado, a ser publicado na “*Revista do Ministério Público - RJ*” de nº 21, 3ª fase, na seção “Jurisprudência Comentada”.

⁵ “*Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*” – RJ, 3ª fase, nº 13, pp. 505/512, Reclamação nº 70/00, da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

3. Não se põe em dúvida o poder de requisição do Ministério Público. É bom que fique claro. O que se aduz e se defende é que aquele direito do órgão da acusação pública não interfere nem prejudica o requerimento endereçado à autoridade judicial. E, como demonstrado, não se traduz em mero *bis in idem*.

Aquele poder exsurge nítido do Texto Magno (art. 129, VI, CR) e das leis orgânicas que regem o Ministério Público da União (art. 8º, II e IV da LC nº 75, de 20.5.93) e o *Parquet* estadual (Lei 8625/93, art. 26, I, “b” e LC 106/2003, art. 35, I, “b”).

Até mesmo o nosso velho Código de Processo Penal, Decreto-Lei de 1941, já garantia tal direito ao Ministério Público no decurso da ação penal (art. 47), somando-se àqueles assegurados, como é natural, na fase de investigação preliminar (arts. 5º, II e 13, II).

4. As decisões que contrariam tal entendimento ferem, sem sombra de dúvidas, o princípio da isonomia (art. 5º da CF) que tem como corolário indiscutível, no campo do processo, o princípio da igualdade das partes.

O princípio da igualdade perante a Justiça faz nascer a impossibilidade de o juiz fazer distinção entre as partes, obrigando-o a conferir tratamento igual para ambos os contendores. A igualdade perante a lei, mera isonomia formal, se transformaria em quimera, caso ela não se fizesse presente no processo.

É certo, convém aditar, que o princípio da igualdade das partes no processo penal não se apresenta como um dogma, já que a própria *lei* se encarrega de mitigá-lo em nome de um valor maior – este sim absoluto! – consistente na liberdade individual. Em nome do princípio do *favor libertatis*, a *lei* (sempre ela!) assegura ao réu uma série de vantagens de que não se pode valer a acusação. Assim, entre outras benesses, sabe-se que somente a defesa goza do privilégio da revisão criminal, pois em nosso ordenamento jurídico a sentença absolutória, uma vez trânsita, torna-se imutável, mesmo que fundada em prova manifestamente falsa. Da mesma forma, o recurso de embargos infringentes e/ou de nulidade só pode ser interposto pelo réu (art. 609, parágrafo único, do CPP), embora no processo penal militar (art. 538 do CPPM) ambas as partes desfrutem do direito de embargar. Igualmente, o protesto por novo júri tem cabimento unicamente em favor do acusado (art. 607 do CPP)⁶.

Portanto, como de fácil constatação, o princípio da igualdade das partes sofre mitigação em nossa lei processual penal em respeito ao enunciado do *favor rei*.

No caso sob vistas, estaríamos diante de nova atenuação beneficiando a defesa em detrimento da acusação?

⁶ Caso haja interesse no exame da matéria, será possível encontrar-se estudo mais amplo sobre o tema em meu trabalho intitulado “A vassalagem ao direito de defesa”, in *Doutrina*, nº 4, 1997, publicação do Instituto de Direito, pp. 112 e seguintes.

Evidentemente que não. Em todas as hipóteses contempladas em que a isonomia formal das partes no processo sofre mutilação, é a própria *lei* que se encarrega de especificar a quebra do princípio geral em homenagem ao dogma do *favor innocentiae*.

Pois bem: na questão que ora se examina dá-se exatamente o contrário, pois a *lei* assegura ao Ministério Público as duas opções que, como visto, se justificam (requerer ou requisitar). A primeira indicada nos arts. 399 e 499 do CPP, ao passo que a última encontra guarida no art. 47 do mesmo Código, assim também na Constituição da República e em leis orgânicas que regem a Instituição (*cf.* nº 3, *supra*).

5. Assinale-se, em razão de tudo que ficou dito, que a ilustrada Defensoria Pública dispõe de igual poder de requisição assegurado pela Constituição de nosso Estado - RJ (art. 181, IV, “a”) e, não obstante isso, nunca chegou ao meu conhecimento houvesse, da parte de nosso Tribunal de Justiça, tal procedimento em relação àquela nobre e maravilhosa Instituição, desde que lícita ou pertinente a medida pretendida. Dessa maneira, ela pode requerer ao juiz a providência desejada ou tomar a opção de requisitá-la diretamente. É, aqui também, questão de escolha por uma das vias.

Por que, então, adotar-se dois pesos e duas medidas?

Onde a base legal para o indeferimento?

6. Vedar ao Ministério Público o ato de requerer as provas e diligências que entenda necessárias ou convenientes nos prazos a que se refere a lei processual (arts. 399 e 499 do CPP), antes de ser uma violação ao direito codificado, importaria em ofender o princípio do contraditório, acarretando cerceamento da acusação, principalmente quando igual direito é concedido à defesa. A Constituição da República restaria afrontada nos seus exatos termos (art. 5º, LV), importando a providência arbitrária em violar o devido processo legal.

7. Outro dado a exigir meditação reside na aplicação do princípio da plena efetividade jurisdicional. Na verdade, o juiz, para bem decidir, não pode abrir mão da contribuição das partes no objetivo de bem instruir o processo, proporcionando-lhe, independentemente das providências que possa tomar de ofício, todos os adminículos que sirvam para a busca da verdade processual.

Estando em jogo direitos e valores indisponíveis no processo penal, não pode o magistrado comportar-se como um convidado de pedra, de braços cruzados, limitando-se a assistir ao desenrolar da lide penal.

As limitações à sua atuação serão, tão-somente, aquelas advindas da Constituição e das leis. No mais, deve buscar a verdade real. É dizer: verdade real, com efeito, somente o Padre Eterno, no Juízo Final, é que a proclamará. Na realidade, embora correntio o enunciado “verdade real”, o que se tem como demonstrado, nos autos, é a “verdade processual”, isto é, aquela “verdade” que se pôde trazer ao processo, a “verdade” possível, que, no mais das vezes, quero crer, coincide com os fatos que provavelmente ocorreram.

Daí que o juiz não pode nem deve desprezar qualquer contribuição que a parte, seja a acusação seja a defesa, possa, legitimamente, trazer ao feito que vai julgar, provendo à regularidade do processo (art. 251 do CPP) e evitando qualquer excesso que os postulantes venham a praticar, ao indeferir as providências ilegais ou manifestamente inoportunas (1, *supra*).

8. Merece destaque a interessante observação feita pelo Promotor de Justiça-RJ FRANCISCO DE ASSIS MACHADO CARDOSO no trabalho já mencionado (nº 3, das notas de rodapé), quando registra que o requerimento melhor conviria ao princípio da publicidade dos atos processuais, possibilitando, desde logo, pleno acesso à parte contrária e, até mesmo, a qualquer interessado aos atos e providências que estariam sendo realizados *dentro do processo*.

Com efeito, a publicidade dos atos processuais é assegurada na Lei Maior (art. 5º, LX), ao indicar que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Em conformidade com a Carta Política, a lei processual penal estabelece, como regra, que os atos processuais serão públicos (art. 792 do CPP), salvo no caso de escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, caso em que a audiência, a sessão ou ato processual terão a sua publicidade restrita (art. 792, §§ 1º e 2º).

É certo que, em havendo requisição por parte do órgão da acusação pública, as diligências que dela advierem, uma vez acostadas ao processo, serão, ao empós, submetidas ao contraditório diferido, uma vez que sobre elas a defesa terá que manifestar-se. A hipótese assemelha-se às chamadas “provas definitivas” (exame de corpo de delito e perícias em geral) levadas a efeito no decorrer do inquérito policial, uma vez que sobre elas a defesa, em regra, só irá manifestar-se em juízo, quando, muitas vezes ou quase sempre, já não mais poderão ser refeitas. Porém, sempre poderão ser contestadas pela defesa e, eventualmente, esclarecidas ou renovadas por ordem do juiz (art. 181 e seu único parágrafo do CPP).

Nem se ponha de lado o valor da requisição, uma vez que ela pode abreviar uma série de providências que o juízo, sempre atarefado, pode retardar. Aqui, no entanto, esbarra-se na questão mais relevante relacionada com o *direito à prova*. Para ser mais claro: a requisição levada a efeito pelo *Parquet* (parte no processo), na hipótese de ter seu atendimento retardado, não poderá acarretar a paralisação do processo, caso o juiz resolva decidir a causa sem que ela venha ao feito, com isto trazendo grave prejuízo para a sociedade. Ao revés, o requerimento, uma vez deferido, gera *direito à prova* para acusação, cabendo ao juiz aguardar seu ingresso nos autos coerente com o seu despacho de acolhimento da prova. E se ele assim não proceder? Haverá, não há negar, cerceamento para a acusação, pois os casos em que a diligência ou a prova requerida ensejam indeferimento são aqueles já examinados no início do presente estudo (1, *supra*).

9. Mas as observações a respeito da matéria não se esgotam no plano estritamente processual. A questão torna-se de fácil compreensão se analisada pelo ângulo do princípio de hermenêutica que impõe a interpretação das leis conforme a Constituição. À luz do princípio da supremacia da Constituição, que assume posição primacial, superando qualquer outro critério de interpretação da norma legal infraconstitucional, constata-se o equívoco das restrições à ampla busca da verdade processual por parte do Ministério Público. Sabe-se que a noção a respeito da supremacia formal da Constituição encontra sua raiz no famoso caso *Marbury Vs Madison*, ocorrido nos Estados Unidos há mais de dois séculos (1803). Aliás, antes da histórica decisão de Marshall, ALEXANDER HAMILTON já sustentava tal critério de interpretação das leis em seus artigos publicados no “*The Federalist*”⁷.

Não é aqui a sede adequada para o estudo do célebre caso, merecedor de ampla abordagem pelos reflexos que traria na interpretação das leis pelos juízes a partir de então, ao ponto de ficar conhecido como a “Doutrina Marshall”⁸.

Colocada a questão nestes termos, constata-se que a Constituição Federal, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, estabelece que a ele compete promover, *privativamente*, a ação penal pública, na forma da lei. Esta, por seu turno, confere instrumentalidade ao preceito constitucional nos arts. 100, § 1º do CP e 24 do CPP, sem falar nos diversos dispositivos constantes das leis orgânicas que regulam o Ministério Público da União bem assim o *Parquet* estadual (3, *supra*).

O Texto Magno, voltado para a efetividade da atuação Ministerial, contem, ainda, norma genérica ou de encerramento ao assinalar que ao Ministério Público compete, ainda, “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade” (art. 129, IX).

Tudo, pois, a demonstrar que a atuação do *Parquet*, na busca da verdade processual, deve ser a mais ampla possível. Para tanto, pode e deve fazer uso dos direitos e das faculdades processuais que o Código lhe outorga.

Em tal contexto, vê-se que o requerimento e a requisição em busca de diligências ou provas que possam fazer aflorar a verdade real traduzem a melhor interpretação da lei conforme a Constituição, pois ambos, conforme determina a Lei Maior, são compatíveis com a finalidade de atuação do *Parquet* no processo.

10. Pensar de outro modo levaria o intérprete a negar efetividade ao tão decantado princípio da verdade processual, acarretando verdadeiro cerceamento ao exercício da atividade acusatória e, por via de consequência, impedindo a manifestação plena da própria atividade jurisdicional.

⁷ HAMILTON, Alexander, MADISON James e JAY John, “The Federalist”, *apud* JATAHY, Carlos Roberto de Castro, in “*Revista do Ministério Público*” – RJ – 3ª fase, nº 19, pp. 81 e seguintes, jan-jun-2004.

⁸ Para um estudo minucioso do célebre caso e da doutrina que ele engendrou, veja-se o excelente trabalho referido em o nº 6 destas notas, do Procurador de Justiça JATAHY, Carlos Roberto de Castro.

Os juízes que assim procedem estão profundamente equivocados em relação à atuação do Ministério Público no processo em geral. Esquecem-se que o Ministério Público e o Poder Judiciário, neste aspecto, integram uma mesma magistratura, que somente busca a realização de justiça. Nesse ponto, é possível dizer que somos operários do mesmo ofício. Isto resulta bem nítido dos termos da própria lei processual penal. Como parte formal, o *Parquet* pode requerer a absolvição do réu (art. 385 do CPP) e impetrar *habeas corpus* em favor do acusado ou do indiciado (art. 654 do CPP). Cabe-lhe ainda apelar em favor do réu, objetivando desconstituir uma sentença condenatória nula ou injusta. Note-se que, em tal apelo, não há falar em sucumbência por parte do Ministério Público mas em mero interesse em recorrer (art. 577, parágrafo único, do CPP). Qual interesse? O da realização de um processo *justo*. Outro não há.

Portanto, como limitar a atuação do *Parquet* em tais circunstâncias, ao mesmo tempo em que a parte ré goza de ambas as prerrogativas (requerer e requisitar), sabendo-se que esta defende interesse particular?

11. É chegada a hora de encerrar, alinhando algumas conclusões.

11.1. Requerimento e requisição podem e devem conviver no processo penal, conforme preceitua o Código de Processo Penal desde 01-1-1942 (art. 810);

11.2. Ambas as providências buscam a realização do princípio da verdade processual;

11.3. O requerimento assegura ao Ministério Público o *direito à prova*, o que não se dá com a requisição, pois desta o juiz não toma conhecimento, pelo menos inicialmente;

11.4. A diligência pretendida pelo *Parquet* só pode ser indeferida caso ela tenha em vista a produção de uma prova ilícita ou ilegítima ou ainda *manifestamente* incabível no caso concreto;

11.5. A diligência para merecer deferimento não precisa ser necessária, bastando, apenas, que ela seja *conveniente* para a instrução do processo;

11.6. Na dúvida, o juiz deve sempre deferir a prova pretendida pelas partes;

11.7. Cabe Reclamação do despacho que indeferir o requerimento de diligências fora dos casos indicados (11.4, *supra*);

11.8. A decisão que desacolhe a pretensão Ministerial fere, sem dúvida, o princípio da isonomia (art. 5º da CF) e a garantia da igualdade das partes no processo, tendo em conta o direito de igual providência assegurado à defesa pela Constituição Estadual (art. 181, IV, “a”);

11.9. Sem prejuízo do poder de requisição de que é dotado o Ministério Público, o requerimento no curso do processo melhor atende ao princípio da publicidade dos atos processuais;

11.10. A diligência, uma vez deferida, assegura ao Ministério Público o direito à prova, evitando a ocorrência do fenômeno processual da preclusão;

11.11. O entendimento da lei processual aqui defendido é a interpretação que melhor se ajusta à luz do princípio da supremacia formal da Constituição;

11.12. O princípio da verdade processual só pode encontrar limitação nos casos previstos em *lei* por força da observância de um valor maior, qual seja o princípio do *favor rei*.

Inverno de 2005.

A ilegalidade das VPIs, das sindicâncias, dos acautelamentos e quejandos ¹⁻²

Sergio Demoro Hamilton

1. Recentemente fui convocado pela Coordenação da 1ª Central de Inquéritos do Ministério Público – RJ para examinar minuta de documento destinado a fixar normas de atuação das autoridades policiais e de membros do Ministério Público no âmbito da “Delegacia Modelo”. Uma vez aprovado o projeto firmar-se-ia um “Ato-Conjunto”, do Procurador-Geral de Justiça e do Secretário de Estado da Segurança Pública, regulando as atribuições do *Parquet* e da Polícia Civil em relação às ocorrências levadas a registro na “Delegacia Modelo”, cuja circunscrição corresponderia à da 5ª Delegacia Policial.

2. Louve-se, antes de tudo e acima de tudo, o esforço empreendido pelos autores do projeto no objetivo de encontrar solução para uma série de problemas que, de longa data, aflige, principalmente, os Promotores de Justiça.

Digna de elogio, também, a atitude do Procurador-Geral que, buscando emprestar tratamento jurídico adequado para graves pendências, há muito exigindo regulamentação normativa, buscou ouvir os Promotores de Justiça diretamente envolvidos com o problema. E, eles, para minha honra, desejaram trocar idéias com o autor destas linhas.

3. Parece-me que a “Delegacia Modelo” constitui um plano-piloto que, se bem-sucedido, seria implantado nas demais delegacias do nosso Estado. Daí a amplitude constante da regulamentação que tive a oportunidade de examinar.

4. Verifica-se daquele expediente normativo, que, na realidade, fica instituído um verdadeiro pré-inquérito, legalizando a figura anômala do “acautelamento”, quando, através da análise do registro de ocorrência (RO), a autoridade policial verificar a inexistência da materialidade da infração penal e de “elementos” (*rectius*, indícios) de autoria. É a ressurreição, pura e simples, das VPIs (verificação da procedência de informação), outra anomalia, já que não prevista em nossa lei processual, nos moldes e com as conseqüências que o “Ato-Conjunto” lhe empresta.

5. A chamada “VPI” repousa, quero crer, na equivocada interpretação dos arts. 5º, parágrafo 3º e 304, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal, assim como na leitura canhestra do art. 339 do CP.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 9, p. 209-215, jan./jun. 1999.

² Trabalho concluído no Sábado Santo de 1999.

O primeiro daqueles dispositivos da lei processual estabelece que qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial e esta, *verificada a procedência das informações* (VPI), mandará instaurar inquérito.

É evidente – e isto ninguém de elementar bom senso contesta – que a autoridade policial terá, sempre, que proceder à aferição a respeito da seriedade a *notitia criminis*, tendo em conta que, pelas razões mais diversas (insanidade mental, vingança, equivocada interpretação do fato, leviandade, extorsão *etc.*), uma falsa comunicação pode ser prestada à autoridade policial.

Diga-se o mesmo – e com maior razão! – quando estiver em exame *notitia criminis* coativa, qual se dá com a prisão em flagrante, resultando daí o justificado cuidado com que a matéria é tratada no parágrafo primeiro do art. 304 do CPP, ao prever que o *conduzido* só será recolhido à prisão se das respostas (do condutor, das testemunhas, do ofendido e do próprio conduzido, se ele as der) resultar fundada suspeita da prática do fato e de indícios da autoria.

Na realidade, apesar da redação dada ao *caput* do texto legal, a prisão em flagrante só se efetivará neste segundo momento. Antes haveria mera captura do conduzido, isto é, momentânea privação da liberdade de uma pessoa até que se verifique se o caso enseja ou não o recolhimento à prisão. Sem tais cuidados, a autoridade policial poderia vir a praticar, pelo menos em tese, o crime de exercício arbitrário ou abuso de poder, indicado no art. 350 do Código Penal. É certo que reina discussão a respeito da vigência de tal dispositivo da lei penal básica, sustentando respeitável corrente doutrinária que ocorreu ab-rogação daquele texto legal por parte da Lei nº 4.898, de 09/XII/65, que define os crimes de abuso de autoridade (arts. 3º e 4º). Porém, este é um outro tema que não interessa, diretamente, para o presente estudo.

De qualquer forma, o que pretende a lei processual é evitar que a autoridade policial fique vinculada a uma notícia de crime absurda, agindo como se fosse um autômato a legitimar qualquer leviandade partida do particular ou mesmo de um agente de autoridade, pelos motivos mais diversificados, como já ficou registrado acima.

É certo, igualmente, que o art. 339 do CP, ao definir o crime de denúncia caluniosa, fala em dar causa a instauração de “*investigação policial* ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”.

Aqui, da mesma forma, a questão não muda de figura. Não haverá necessidade de instauração de inquérito policial desde que o sujeito ativo do crime a que alude o art. 339 do CP movimente a máquina policial com uma falsa denúncia, abortada no nascedouro pela autoridade policial, uma vez constatada a sua evidente impropriedade pelos diversos motivos antes registrados. Dessa maneira, o crime de denúncia caluniosa já estaria consumado a partir do momento em que tivesse início a colheita de dados no

sentido de apurar o fato típico noticiado falsamente (inquirição de testemunhas, ouvida do ofendido, *etc.*), muito embora ainda não se tenha instaurado inquérito policial.

Portanto, todas estas providências apresentam dois objetivos bem claros: *primo*, evitar que uma pessoa se veja exposta aos azares de um inquérito policial sem qualquer motivação; *secundo*: acautelar a autoridade policial contra os riscos de instauração de um inquérito policial sem justa causa.

6. *Quid iuris* em tais casos?

Deparando-se a autoridade policial com uma notícia de crime falsa, fantasiosa ou, ainda, no caso em que, por falta absoluta de dados, não disponha de qualquer fundamento para a instauração de inquérito policial, como deve ela proceder?

Teria cabimento, em tais hipóteses, o “acautelamento”?

O chamado “acautelamento”, figura jurídica espúria, pois não contemplada na lei, daria à autoridade policial um poder de indultar, que somente o Presidente da República dispõe (art. 84, XII, da CFRB). Seria, por outro lado, uma forma oblíqua de violação ao art. 17 do CPP. Bastaria, para tanto, que, a seu talante, deixasse ela de instaurar inquérito policial, trancando, em definitivo, e sem qualquer controle, qualquer investigação.

Quem ficaria sabendo de tal atitude, principalmente quando envolvidas pessoas modestas e iletradas, com interesse direto na apuração do fato?

Ninguém.

Observe-se que o Ministério Público, ao contrário, quando requer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação tem seu pedido sujeito a controle jurisdicional. O juiz, em tal caso, exerce a função anômala de controlador da fiel observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Posteriormente, dependendo do caso, a questão ainda poderá ser examinada pelo próprio Procurador-Geral. É o que preceitua o art. 28 do CPP, nas hipóteses em que o juiz discorda do arquivamento pretendido pelo Ministério Público. Portanto, o arquivamento, confirmado ou não, pode passar pelo crivo de três autoridades distintas (Promotor, Juiz e Procurador-Geral). Observe-se, ainda, que ele somente se dará se o fato *evidentemente* não constituir infração penal, se a punibilidade já estiver extinta, se faltar uma condição de procedibilidade indispensável para o exercício da ação penal ou, ainda, por falta de suporte fático mínimo para a acusação. Impõe-se o registro que, até mesmo, nos casos de atribuição originária do Procurador-Geral, sua decisão de arquivamento pode ficar sujeita ao controle do Colégio (ou Órgão Especial) dos Procuradores de Justiça consoante dispõe o art. 12, XI da Lei nº 8.265, de 12/II/93 – LONMP. Nada menos que 20 (vinte) Procuradores de Justiça dão a palavra final!

Portanto, a disciplina do arquivamento, segundo disposição legal, faz-se de forma bastante rigorosa, quer quanto aos casos de cabimento da medida, quer quanto ao múltiplo controle a que fica sujeita.

E o “acautelamento”?

Como fica?

Será que obedece a tais mecanismos de controle?

Aliás, se assim não se desse, o princípio da obrigatoriedade da ação penal estaria transformado em um mero *flatus vocis* do legislador, sem qualquer efeito prático.

E assim devem funcionar os Poderes em um Estado democrático, onde vige o princípio da legalidade, importando, por tal razão, que os atos e as funções das diversas autoridades fiquem, sempre, sujeitos a rigoroso controle.

Da mesma forma, quando ajuizada ação pelo Ministério Público, fica a denúncia sujeita a controle jurisdicional, merecendo rejeição caso venha a ocorrer uma das hipóteses a que alude o art. 43 do CPP.

É por tal motivo que as manifestações do Ministério Público, por inafastável preceito constitucional, têm que ser fundamentadas (art. 129, VIII, parte final, da CF).

Da mesma forma, as decisões dos juízes são fiscalizadas pelas partes na medida em que, contra elas, dispõem de incontável número de recursos.

Fala-se, muito, na atualidade, na necessidade de controle externo do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Por que não?

Desde que tal controle se exerça nos exatos limites preconizados pelos melhores estudos existentes a respeito da matéria, ele será, sem dúvida, salutar para todos.³

Na verdade, o que se quer demonstrar é que, já na atualidade, o Ministério Público, como os juízes, acertadamente, têm seus atos processuais sujeitos ao mais rigoroso controle.

E em relação à Polícia Civil, pode-se dizer o mesmo?

Para os que defendem o indefensável, para os que entendem cabível o “acautelamento”, a Polícia Civil estaria dotada de poderes absolutos. Ela mesma receberia a notícia de crime, ela mesma verificaria a procedência das informações e, por fim, ela mesma, quando lhe aprovesse, determinaria o “acautelamento” do expediente que se formasse.

Quem fiscalizaria tais atos?

Ninguém.

7. Qual a solução técnica que a temática em estudo comporta?

³ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Controle externo da Magistratura: uma necessidade, in *Revista do Ministério Público-RJ*, nº 07, 3ª fase, p. 95/101.

Já tive a oportunidade de esboçá-la em trabalho doutrinário, que, embora voltado para fins outros, também versou sobre o assunto.⁴

Vejamos algumas idéias que, agora, podem ser alinhadas.

O Delegado, sempre que indeferir a abertura de inquérito policial, tal como permitido no art. 5º, § 2º do CPP, deverá intimar o interessado (se localizado, obviamente) para que ele, eventualmente, venha a fazer uso do recurso hierárquico a que alude o parágrafo segundo acima referido. O despacho, evidentemente, terá que ser fundamentado, formulando a autoridade policial as razões pelas quais o requerimento mereceu indeferimento. A matéria poderia ser disciplinada mediante ato normativo *interno* no âmbito da própria Polícia Judiciária. Sem que tal se efetive, tal recurso continuará existindo apenas na lei, figurando como uma completa inutilidade. Na minha longa passagem pelo Ministério Público, quer como Promotor de Justiça, quer como Procurador de Justiça, jamais vi, uma vez sequer, sua aplicação na prática.

Por acaso as partes interessadas não são intimadas das decisões judiciais? Por que razão não fazê-lo em relação à decisão terminativa do Delegado de Polícia, que pode acarretar sérios prejuízos para a ordem pública?

Seria este um primeiro ato de controle *interno*, exercido nos limites da própria Polícia Civil, a respeito da legalidade do ato do Delegado.

A providência, ora alvitrada, só teria lugar nas hipóteses de requerimento (art. 5º, § 1º do CPP). Nos demais casos (art. 5º, I e II do CPP) seria incabível, por razões óbvias.

É certo que nada impediria que o interessado, em caso de urgência (como, por exemplo, na iminência de prescrição), se dirigisse diretamente ao Ministério Público, omitindo aquela fase recursal no âmbito da própria Polícia Civil, para as providências que entendesse cabíveis na espécie. Restaria ao *Parquet* examinar o caso, requisitando a abertura de inquérito (art. 5º, II do CPP), oferecendo denúncia ou, ainda, requerendo o arquivamento da peça de informação. Não ficaria afastada a hipótese de o próprio Ministério Público investigar *diretamente* o fato, caso as circunstâncias assim o indicassem. Veja-se, a propósito, amplo estudo sobre a investigação direta levada a efeito pelo Ministério Público.⁵

Estas são as únicas soluções legais.

“Acautelamento” jamais!

Como deveria proceder, então, a autoridade policial nos casos em que, à evidência, se tornasse incabível a instauração de inquérito policial?

Parece-me simples. A providência adequada, por sinal, reveste-se de rara singeleza.

⁴ HAMILTON, Sergio Demoro. A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal, in *Doutrina*, vol. 05, pág. 270/289, Instituto de Direito, 1998.

⁵ *Apud op. cit.*, in nº (2).

Uma vez indeferida a instauração de inquérito policial, quer pelo Delegado de Polícia, quer, se for o caso, pelo “Chefe de Polícia” (art. 5º, § 2º do Código de Processo Penal), caberia a remessa do expediente respectivo, *como peça de informação*, para exame do Ministério Público, mediante distribuição regular ao juízo criminal competente. Ali, eventual arquivamento ficaria sujeito ao exame do Ministério Público e da autoridade judiciária, esta exercendo a função anômala de controladora da fiel observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Na verdade, tal atuação do Judiciário nada mais é que um ato de controle externo dos atos do Ministério Público no campo do processo penal. Caberia, então, ao juiz arquivar a peça de informação, caso assim fosse requerido pelo Promotor de Justiça, ou, então, proceder na forma preconizada no art. 28 do CPP.

No meu entendimento inexistente outra solução legal.

O projeto que me foi dado observar, lamentavelmente, afasta-se, por completo, dos critérios de legalidade estrita, padecendo, inclusive, de vício de iniciativa, pois *legisla*, abertamente, sobre matéria processual, de competência privativa da União (art. 22, I, da CRFB), criando uma espécie de pré-inquérito, verdadeira teratologia jurídica, onde saem legitimados “VPIs”, “sindicâncias”, “acautelamentos” *et quid genitu*.

Mais grave ainda: faz com que o Ministério Público se torne cúmplice de tais ilegalidades, emprestando o seu apoio a tamanha aberração jurídica.

Não é de se estranhar, portanto, que, em razão dos motivos invocados, os Titulares das Promotorias de Investigação Penal da Primeira Central de Inquéritos da Capital, *por unanimidade*, tenham manifestado seu repúdio à referida minuta de “Ato-Conjunto”.

8. É chegada a hora de encerrar.

Impõe-se, no entanto, alinhar algumas reflexões conclusivas, fazendo uma síntese do pensamento aqui exposto, à guisa de sinopse.

Vejamos:

- a) inexistente, em nosso ordenamento jurídico, a figura processual do pré-inquérito;
- b) a denúncia só pode ter por base, como suporte fático, um inquérito (policial ou outro qualquer previsto em lei) ou uma peça de informação idônea;
- c) dessa forma, as “VPIs”, as “sindicâncias” ou os “acautelamentos” não passam de teratologia jurídica;
- d) sempre que a autoridade policial sentir-se impossibilitada de instaurar inquérito policial, deverá remeter o expediente respectivo, *como peça de informação*, para controle do Ministério Público e do Poder Judiciário, em razão do princípio da obrigatoriedade da ação penal (arts. 24 e 28 do CPP);
- e) em caso algum terá a autoridade policial o poder de graça, deixando de remeter a peça de informação ao exame do *Parquet* e do Poder Judiciário;

f) o “acautelamento” nada mais é que uma forma oblíqua de violação ao art. 17 do CPP;

g) o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública exige rígida fiscalização exercida pelo Ministério Público (art. 24 do CPP) e, em certos casos, pelo próprio Poder Judiciário (art. 28 do CPP);

h) o “acautelamento” retiraria dos agentes políticos do Estado qualquer controle sobre a observância do princípio da legalidade;

i) sempre que a autoridade policial deixar de instaurar inquérito deverá, mediante despacho *fundamentado*, indicar as razões pelas quais deixou de proceder;

j) a própria Polícia Civil poderá, mediante controle *interno*, criar mecanismo apropriado para que o recurso hierárquico a que se refere o art. 5º, § 2º do CPP ganhe efetividade, tal como sugerido no presente trabalho (7);

l) qualquer ato normativo – conjunto, como o que examinamos, ou insulado – que venha a admitir o “pré-inquérito” padece de manifesta inconstitucionalidade, por evidente vício de iniciativa, uma vez que estará legislando sobre processo, matéria privativa de Lei Federal (art. 22, I da CRFB);

m) consagrar as anomalias jurídicas verberadas no presente estudo levar-nos-á à conclusão única de que somente serão ajuizadas as causas não atingidas pelo indulto policial, que ostenta o pomposo *nomen iuris* de “acautelamento”.

O inquérito policial no projeto de CPP¹

Sergio Demoro Hamilton

1. O Projeto de Lei do Senado de nº 156, 2009, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal, proveniente dos trabalhos da Comissão Mista de Juristas², criada pelo Requerimento nº 227, de 2008, encontra-se em fase de elaboração legislativa nas Casas do Congresso Nacional.

Vimos, aos poucos, analisando alguns tópicos do Projeto. Agora, é chegada a vez do inquérito policial, exceção feita à parte relativa ao arquivamento, que já tivemos a ocasião de examinar em publicação anterior³, com destaque especial, tendo em conta a profunda modificação sofrida naquele instituto processual, de molde a adaptá-lo ao sistema acusatório, por imposição constitucional, e que se afasta, por completo, da disciplina do art. 28 do atual CPP. Por tal motivo, entendemos que deveria merecer tratamento específico em relação às demais matérias que informam a fase pré-processual.

2. O inquérito policial vem regulamentado no Livro I (Da persecução penal), do Título II (Da investigação criminal), e de forma específica, no Capítulo III (Do Inquérito Policial) do Título II do Projeto. Mais precisamente, do art. 19 ao art. 40.

Fixada a topologia do inquérito no contexto do Projeto, passa-se, agora, ao exame das suas peculiaridades.

3. O Título II cogita da investigação criminal *lato sensu*, demonstrando, desde logo, que o inquérito policial, embora peça de informação fundamental e ordinária de investigação, não se apresenta como indispensável para servir de base para a acusação. Nessa ordem de ideias, qualquer suporte probatório idôneo pode instruir a denúncia (art. 36). Aliás, nesse ponto, o Projeto não discrepa do atual Código, como evidenciam os arts. 12, 27, 28, 39 § 5º e 46 § 1º do CPP.

A novidade primeira surge com a criação da figura jurídica do “investigado” (art. 10 do Projeto) que se caracteriza a partir do ato ou procedimento em relação à pessoa sobre a qual recaem meras indicações (menos que indícios) de autoria ou participação

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 45, p. 103-111, jul./set. 2012.

² Compunham a Comissão que elaborou o Anteprojeto, o Ministro Hamilton Carvalhido, Coordenador da Comissão, e os Drs. Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator-geral), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Félix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

³ “O arquivamento no Projeto de reforma do Código de Processo Penal”, in *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, nº 37, pp.78 e seguintes, “Editora Magister Ltda”, Porto Alegre, RS, 2010.

da prática de uma infração penal, independentemente da qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação.

Portanto, antes de qualquer indiciamento, a autoridade investigante deve procurar as fontes de prova que lhe chegarem ao conhecimento, verificando se elas têm fundamento razoável a respeito da infração penal noticiada.

Importante dispositivo vem cogitado no art. 11 e seu parágrafo do Projeto no sentido de resguardar a intimidade e a vida privada não somente dos sujeitos secundários do procedimento (vítima e testemunhas) como também do próprio investigado de maneira que não sejam eles submetidos à exposição dos diversos meios de comunicação. A reforma de 2008 já tomara iguais cuidados ao versar sobre os procedimentos e sobre a prova oral (Leis 11.719 de 20.06.2008 e 11.690 de 09.06.2008).

Permite-se ao investigado e a seu defensor acesso ao material *já* produzido no decorrer da investigação criminal, salvo, evidentemente, no que concerne estritamente às diligências em andamento, como é óbvio.

Parece-me que o Projeto foi longe em demasia assegurar ao *próprio investigado* pleno acesso aos autos do procedimento respectivo, ensejando sério risco para o material já produzido que, inclusive, pode ser inutilizado de forma violenta ou sub-reptícia pelo próprio interessado na sua destruição. Qualquer abuso que pudesse ocorrer por parte da autoridade policial seria, de pronto, sanado pelo juiz das garantias, responsável pelo controle da legalidade da investigação (art. 15 do Projeto) sem que haja necessidade desta perigosa providência.

Aliás, pretender-se estabelecer tal participação na fase de investigação, ao ponto de permitir-se o acesso do próprio investigado no procedimento respectivo em que ele é o maior interessado, como sujeito da relação de direito material, ressaibe a absurdo. E, não há negar, tal se tornará, perfeitamente, possível na medida em que o investigado for tomando conhecimento dos fatos já apurados, gerando uma situação de perigo para a vítima e para as testemunhas, sem falar nas investigações em andamento, que podem vir a ser afetadas.

Por sinal, como já escrevi⁴ sempre me pareceu que a presença do advogado na fase de inquérito policial não guarda compatibilidade com o caráter inquisitivo desta fase procedimental, embora autorizado por lei (art. 7º, XII, XIV, XV e parágrafo primeiro da Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da OAB). Agora, com a presença do juiz das garantias na fase de investigação, a medida torna-se ainda mais equivocada, pois qualquer ilegalidade será, de pronto, erradicada.

É preciso que não haja confusão entre acesso à investigação e aos autos respectivos, com o contato do investigado com seu advogado, quando preso, garantia constitucional absolutamente correta e indispensável (art. 5º, LXIII).

⁴ In “Réquiem para o sigilo no inquérito policial”, pp 112 e seguintes, in *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), vol. 7, nº 25, Rio de Janeiro, 2004.

Em alusão a este aspecto, a referência ao “sigilo necessário à elucidação do fato” objeto da investigação, prevista no art. 11 do Projeto, retrata hipocrisia pura.

A fase de investigação encerra-se com os arts. 13 e 14 do Projeto. O primeiro assegura ao investigado o direito de ser ouvido antes da conclusão da investigação. É evidente que o investigado terá direito ao silêncio, sem que dele se possa extrair qualquer conclusão negativa para a sorte do acusado no futuro processo. Se mesmo perante o juiz ele não está obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas (arts. 65, IV e V e 70 do Projeto e art. 5º, LXIII CF), soa evidente que o investigado, nesta fase preliminar, pode permanecer calado. De qualquer forma, deverá ser dado ao mesmo o direito de optar pela fala.

Já o art. 14 do Projeto constitui perigosa violação ao sistema inquisitivo ao permitir-se ao advogado ou outro qualquer mandatário “identificar fontes de prova em favor da defesa” ou “entrevistar pessoas”. Em primeiro lugar porque, nesta fase, não há falar em defesa nem em análise de prova. Isto fica para ser feito em juízo sob o crivo do contraditório. É certo que o parágrafo único do art. 14 procura mitigar o grave equívoco, fato que não exclui o prejuízo que a investigação possa vir a sofrer. Para tanto, existe o processo que se seguirá à investigação, quando então, o réu gozará de *ampla* defesa (art. 5º, LIV e LV da CF). Pretender-se fazer no inquérito policial atos de exaustiva defesa, faz lembrar a severa crítica formulada pelo saudoso e notável professor José Frederico Marques, que, ao fustigar tal atitude, usava a expressão “demagogia forense” que adulterava, “a todo custo”, o caráter inquisitivo da investigação”⁵.

Trata-se, além de tudo, de uma indevida intromissão na vida de “pessoas”, que contrasta com a preservação da sua intimidade e viola a proteção que elas devam merecer, feita por “mandatários” do investigado, que não precisam, sequer, ser advogados do mesmo. Providência, no meu entendimento, de grave perigo, para tais “pessoas” que poderão ser vítimas de coação ou coisa pior.

4. O Capítulo II, do Título II, do Livro I traz a grande novidade da fase pré-processual: o Juiz das Garantias (art. 15 a art. 18 do Projeto). Sua função, como responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata da inviolabilidade pessoal do investigado, tem por finalidade manter o distanciamento do juiz do processo, que será o responsável pela decisão de mérito, assegurando, assim, a sua isenção. É certo que a medida importará em alteração da organização judiciária dos tribunais e, é justamente neste ponto, que reside a grande dificuldade da sua implantação, particularmente nas pequenas comarcas.

Tecnicamente, uma vez adotado o sistema acusatório puro, pelo menos na fase de investigação, o juiz das garantias, no meu entendimento, retrata uma providência

⁵ Marques, José Frederico, in *“Elementos de Direito Processual Penal”*, v.I, p. 57, “Forense”, Rio-São Paulo, 1961, 4ª edição.

salutar. É criação nossa, não tendo, tanto quanto eu saiba, similar em qualquer outro país. Nessa ordem de idéias, cabe à polícia investigar, sob controle externo do Ministério Público, restando ao juiz das garantias o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais, “cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (art. 15). O juiz do processo, nesta fase, não intervém, já que a ele incumbirá a decisão da causa penal.

Assim mesmo, antevejo dificuldades quase intransponíveis de estrutura material para seu funcionamento, a partir do recrutamento de juízes e funcionários da justiça, sem falar na instalação das sedes para o funcionamento dos juizados respectivos. Haverá recursos financeiros para a sua instalação e manutenção?

Precisa ficar bem claro que o juiz das garantias nada tem a ver com o juizado de instrução, onde atuam dois juízes. O primeiro colhe as provas em processo inquisitivo; já o segundo é o magistrado que irá julgar o feito criminal, sob o crivo do contraditório.

O juizado de instrução, ao meu pensar, é incompatível com o sistema acusatório adotado na Constituição Federal. Juiz julga e quem julga não investiga.

A competência do juiz das garantias é ampla só não abrangendo as infrações de menor potencial ofensivo, pois nestes procedimentos não há, sequer, inquérito (art. 284 do Projeto). Demais disso, seria incompatível com os princípios da celeridade e da informalidade do rito sumariíssimo, hoje incorporado, a partir da reforma processual de 2008, ao atual Código de Processo Penal e ao próprio Projeto (art. 273 a art. 301).

Oferecida a denúncia incumbe ao juiz do processo assumir a jurisdição plena, não estando ele vinculado às decisões do juiz das garantias, podendo, assim, reexaminá-las, inclusive aquelas relacionadas com as providências cautelares em curso. Porém, os autos formados com as providências levadas a efeito pelo juiz das garantias serão juntadas aos autos do processo. É o que dispõe o art. 16 e seus parágrafos.

Da mesma forma, fica, por uma questão de coerência, o juiz das garantias que praticar qualquer ato incluído no art. 15 (que delimita a sua competência) impedido de funcionar no processo que se seguir (art. 17).

5. O inquérito policial propriamente dito é o núcleo da investigação (Capítulo III). A matéria vem dividida em 07 (sete) Seções, que serão examinadas em seus pontos relevantes, compreendidas do art. 19 ao art. 40.

Na Seção II a primeira questão a merecer relevo prende-se ao art. 20, II, que, acertadamente, aboliu o poder de requisição da autoridade judiciária para dar início ao inquérito policial. Com efeito, o art. 5º, II do atual CPP, nesse ponto, é incompatível com o sistema acusatório, que veda, nesta fase, qualquer iniciativa de persecução criminal por parte do juiz.

Igualmente, merece encômio a possibilidade de um controle da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la em relação ao indeferimento ou a omissão da

autoridade policial no sentido da instauração do inquérito. Estabelece o Projeto, quando aquela situação ocorrer, um recurso hierárquico para a autoridade superior. Pode a vítima também representar diretamente ao Ministério Público, (art. 20, § 2º), que, se for o caso, requisitará a instauração de inquérito (art. 20, II). O Código em vigor já prevê providência assemelhada, porém, bem mais imperfeita. Aqui, adquire sentido a seguinte anotação: não me parece que o prazo fixado para o recurso hierárquico seja de preclusão forte, uma vez que, enquanto não estiver extinta a punibilidade, a providência poderá ser tomada em face do Ministério Público.

Tal controle, sem dúvida salutar, dos atos de inquérito dá-se, também, em matéria de arquivamento, como já assinalamos em estudo anterior⁶ (art. 38 e parágrafo primeiro).

O art. 23 contém expressa determinação no sentido dos cuidados a serem observados quando a infração penal for praticada por policial ou contar com sua participação. Haverá controle interno (partindo da própria Corregedoria-Geral de Polícia) e externo (oriundo do Ministério Público). Ambas autoridades deverão ser, *imediatamente*, comunicadas da ocorrência. Outra medida de grande valia para que a seriedade da investigação não seja comprometida, como de fácil constatação.

O art. 24 cogita do investigado que goza de foro privativo (extensível a outros investigados, na hipótese de crimes conexos ou de concurso de pessoas). Em ocorrendo tal situação processual caberá ao órgão do tribunal competente autorizar a instauração do inquérito policial, bem como funcionar como juiz das garantias. Reveste sentido uma crítica ao aludido dispositivo, tendo em conta o sistema acusatório, adotado em nosso processo, que sofre um arranhão. Em casos que tais, a peça de informação respectiva deveria ser dirigida ao Procurador-Geral que, se fosse o caso, requereria a instauração do inquérito ao tribunal competente para o processo e julgamento do investigado.

6. A Seção III, que trata das diligências investigatórias (art. 25 a art. 30), repete algumas regras que já se encontram no atual Código de Processo Penal, tais como aquelas contidas no art. 6º, mas acrescenta algumas novidades advindas da reforma processual ocorrida em 2008 (Lei 11.690/2008 e Lei 11.719/2008).

A primeira relaciona-se com a ressalva feita no art. 25, que registra, como é natural, que as diligências não se aplicam ao procedimento sumariíssimo regulado no art. 273 e seguintes, que incorporou, praticamente, ao Projeto a Lei 9.099/95, que passou a constituir o procedimento sumariíssimo, tal como foi efetivado na reforma processual de 2008.

O próprio art. 25 repete, em linhas gerais, o atual art. 6º do CPP, inclusive na imperfeição técnica contida na colocação do inciso IV (atual III), visto no meio da enumeração, quando, por tratar-se de norma de encerramento, deveria situar-se no inciso X, isto é como último inciso do artigo.

⁶ Cf. item 2 destas notas de rodapé.

Verifica-se, também, que o art. 26 do Projeto, que complementa as diligências a cargo da autoridade policial, igualmente, incorpora alguns preceitos do atual Código de Processo Penal, incluindo determinações oriundas do sistema que adota, como se vê do art. 26, I, II e VII, decorrentes das inovações originárias das reformas ocorridas em 2008 provenientes das Leis 11.690/2008 e 11.719/2008, com o acréscimo decorrente da figura do juiz das garantias, novidade do Projeto (art. 26, II).

Também no art. 30 se fazem presentes novidades já incorporadas à nossa legislação, através da reforma processual de 2008 e da Lei 11.900/2009, ao permitir a gravação por áudio ou filmagem no que respeita ao uso da prova oral (interrogatório do investigado, declarações da vítima e depoimento das testemunhas), com o fim de obter maior fidelidade das informações prestadas, podendo tanto o Ministério Público como o investigado solicitar a sua transcrição (art. 26, § 2º).

7. O indiciamento passa, agora, a ser um ato formal, ocupando o art. 31 (Seção IV). Quando reunidos elementos *suficientes* que apontem a autoria da infração penal, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, *fundamentadamente*, a condição jurídica de “indiciado”. Acrescenta a lei: com todas as garantias constitucionais e legais. A observação final, embora correta, torna-se ociosa, pois mesmo quando ainda investigado tais garantias já lhe eram asseguradas, como se impunha.

É interessante observar que, quando o inquérito policial tiver início pelo auto de prisão em flagrante, a autoridade policial *poderá* conferir ao preso, desde logo, a condição de indiciado ou reservar-se para fazê-lo até o relatório final. Portanto, o mero investigado pode ser preso em flagrante desde que satisfeitas as condições que autorizem a cautelar.

Não se previu a hipótese de o investigado escafeder-se, tomando rumo ignorado. Como proceder? Uma vez que o art. 147 do Projeto, aplica-se, tão somente, aos processos, deve o inquérito policial prosseguir, promovendo a autoridade a qualificação indireta do investigado, na fase de indiciamento, sem prejuízo de providenciar, desde o início das investigações, a colheita de todas as provas (dados), sob pena de perecimento. Só assim a acusação poderá ser formulada e, caso mantida a ausência na fase processual, terá aplicação o procedimento traçado no art. 147 do Projeto, desde que satisfeitas todas as condições nele previstas.

8. O prazo para a conclusão do inquérito policial é substancialmente aumentado: 90 dias para o investigado solto (art. 32, Seção V). Referindo-se o texto à figura do investigado (art. 32 e parágrafo primeiro), conclui-se que o prazo em questão corre a partir do início da investigação e não do indiciamento, encerrando-se com o relatório final. Caso haja necessidade de prorrogação, os autos devem ser remetidos ao Ministério Público, impondo-se à autoridade propor a renovação do prazo que necessita, indicando, do mesmo passo, as razões do seu procedimento. O pedido de prorrogação, no inquérito, não poderá, segundo penso, embora a lei não o diga de forma expressa, exceder de 90

dias. Da mesma forma, o pedido de prorrogação deverá ser fundamentado. O art. 32, § 1º alude à apresentação de razões justificando a postulação.

Tudo muda em se tratando de investigado preso (que pode, até, figurar, desde logo, como indiciado – art. 31 § 1º), quando o prazo de conclusão do inquérito será de 10 (dez) dias. Caso a investigação não se encerre no prazo legal, a prisão será revogada, salvo se o juiz das garantias, de acordo com o art. 15, VIII, prorrogar a duração do inquérito, atendendo às razões invocadas na representação da autoridade policial, ouvido, previamente, o Ministério Público. A prorrogação não poderá exceder de 10 (dez) dias. Caso, no período em questão, a investigação não venha a ser concluída, a prisão, obrigatoriamente, será revogada (art. 15, parágrafo único). Quando se tratar de prisão preventiva há regras específicas regulando a matéria (art. 546, I). Diga-se o mesmo em relação à prisão temporária (art. 551 a art. 554).

Muito embora a lei não o mencione expressamente, entendo que a representação da autoridade policial deve ser enviada ao juiz das garantias com antecedência, desde que a autoridade vislumbre a necessidade da prorrogação do prazo, cuidando para que não venha a se escoar o prazo fixado em lei. Desnecessário dizer que os autos do inquérito respectivo deverão ser remetidos ao juiz das garantias junto com a representação enviada pela autoridade.

9. Chega-se, agora, à conclusão do inquérito (arts. 33 e 34, da Seção VI) que se perfaz em dois atos: o relatório e a conseqüente remessa dos autos ao Ministério Público.

Para tanto, impõe-se que a autoridade policial conclua que os elementos informativos da investigação são suficientes “para a formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação”, bem assim que, se for o caso, possam servir de base para a aplicação de medidas cautelares, sejam elas pessoais, sejam elas reais. Caberá ao juiz das garantias decidir sobre as cautelares acaso pretendidas (art. 15, V). Caso o procedimento investigatório esteja em tais condições, incumbe à autoridade policial ofertar relatório fundamentado do que apurou e que, nem sempre, poderá ser sumário como quer a lei. É o caso concreto que vai ditar sua extensão.

10. Ao receber os autos abrem-se ao *Parquet* quatro opções possíveis:

a) Oferecer denúncia, caso a investigação enseje “viabilidade para a acusação”, para usar os dizeres da lei, postulando, se for o caso, a medida cautelar cabível.

b) Requisitar diligências complementares consideradas indispensáveis ao oferecimento da denúncia. A fala do Ministério Público deverá, como é natural, ser fundamentada, qual se dá com qualquer manifestação do *Parquet* (Constituição Federal, art. 129, VIII). Mais ainda: a diligência deverá ser indispensável para o oferecimento da denúncia, pois, muitas vezes, ela poderá ser produzida no decorrer da ação penal sem risco para o seu perdimento. Em tal caso, cabe ao Ministério Público ofertar denúncia e requerer a diligência que possa ser obtida no decorrer do processo.

c) Assim como ocorre com os juízes, que declinam da sua competência no decorrer do processo, pode acontecer que o inquérito venha a ser distribuído a membro do Ministério Público despido de atribuição para officiar no feito. Em ocorrendo a hipótese, incumbirá ao órgão do Ministério Público destituído de atribuição indicar as razões de seu pronunciamento. Na fase do inquérito policial o Ministério Público é o senhor da sua atribuição. Entendo que, *in casu*, o juiz das garantias deverá ser informado a respeito da medida tomada para mera ciência. É que, assim como ele foi informado da abertura do inquérito policial (art. 15, IV), igualmente, deverá tomar conhecimento sobre o novo rumo que o procedimento tomou.

d) Por fim, no elenco de providências possíveis, o Ministério Público, determinará o arquivamento da investigação (art. 35, IV). Já tivemos ocasião de analisar o arquivamento em trabalho específico⁷, dada a grande relevância com que o tema é tratado no Projeto, em completo divórcio com o art. 28 do Código em vigor. Ele vem regulado na Seção VII, art. 37 a art. 40.

Como assevera a “Exposição de Motivos”, Parte III, “retirou-se, e nem poderia ser diferente, o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação”, prosseguindo em outro tópico: “o controle do arquivamento passa a se realizar no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento”. A medida decorre, como já ressaltado, da adoção do sistema acusatório.

18-1-2012

⁷ Cf. item 2 destas notas de rodapé.

A importância do sigilo no inquérito policial¹

Sergio Demoro Hamilton

O anteprojeto do Código de Processo Penal de autoria do Professor JOSÉ FREDERIDO MARQUES, como já tivemos a oportunidade de salientar em outras despreziosas notas a respeito de tão importante trabalho, leva imensa vantagem sobre o atual Código, procurando emprestar ao direito processual penal um tratamento científico, que contrasta com a pobreza conceitual e sistemática da lei vigente, com razão chamada de “gata borralheira” de nossos Códigos.

Aqui e agora, cuidaremos de um ponto da maior relevância e que, por sinal, mereceu do Código de 1941 colocação processual adequada. Referimo-nos à regra do sigilo no inquérito policial, que ressurgiu, em toda a sua plenitude, no anteprojeto.

Com efeito, dispôs o art. 20 da lei processual dos anos 40 que “a autoridade policial assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

A redação poderia ter sido mais enxuta, limitando-se o Código a dizer que o inquérito policial seria sigiloso, fazendo, aí, um ponto final. É que, pelo menos, para a elucidação do fato o segredo na investigação não pode, jamais, ser dispensado.

Visto o inquérito policial como um procedimento administrativo, escrito e de natureza inquisitiva, outro não poderia ser o caminho trilhado pelo legislador de 41 e, agora, pelo anteprojeto.

À primeira fase, inquisitiva e sigilosa, segue-se o processo onde a publicidade aparece como regra geral e o contraditório como princípio informador.

Salientamos, acima, como regra geral do processo a publicidade, visto que, até mesmo após a formação de relação processual válida, por exceção, admite-se o sigilo, como, por exemplo, indicam, entre muitos outros, os artigos 486 e 561, VI da lei processual penal.

Insta ressaltar que o Livro VI do nosso Código, ao cogitar das disposições gerais, deixa patente, no art. 792 e seus parágrafos, que as audiências, sessões e atos processuais serão, *em regra*, públicos. Vale dizer que, por exceções à regra, o princípio da publicidade pode ser posto de lado mesmo na fase processual, como consta, aliás, do § 1.º do aludido dispositivo. Apenas em tal caso, não se dispensa a garantia da ampla defesa, assegurando-se o contraditório em toda a sua extensão, pois, aqui, já existe ação penal.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1, p. 28-34, mar./jul. 1975.

O sigilo na fase pré-processual do procedimento não importa em qualquer restrição ao direito de defesa, tendo em vista que, até então, não existe acusação e, pois, não há falar em defesa. O inquérito policial tem por fim, tão somente, a apuração de infrações penais e da sua autoria. (art. 4.º C.P.P.).

Por tais razões, ousamos dissentir do eminente processualista ELIEZER ROSA², quando, ao referir-se, expressamente, ao inquérito, afirma que “há uma outra característica repulsiva e filosoficamente injuriosa à pessoa humana, a saber: o ser o indiciado *objeto* das investigações. O enunciado basta para indispor o estudioso contra tal concepção contrária ao princípio de que toda pessoa humana *é sujeito* de direitos e deveres, nunca *objeto*”. Aqui, mais que nunca, distingo. A afirmação vista fora do contexto em que pode e deve ser analisada avilta e ofende a dignidade humana. Porém, com a devida vênia, tecnicamente nada se poderá objetar em relação ao enunciado que tanto sensibilizou o douto Mestre. O enunciado encontra sentido quando a autoridade policial, obediente à lei e no cumprimento do seu dever, pratica atos de discricção objetivando atingir, com sua investigação, a apuração de um fato criminoso bem como a autoria respectiva. Aí, nesse momento, o indiciado aparece como mero objeto de investigação, não podendo manifestar oposição à persecução criminal levada a efeito com estrita observância da lei. Assim, qualquer diligência que o indiciado venha a requerer seja realizada fica ao juízo da autoridade o deferimento ou não da providência. É ato discricionário da autoridade policial atender ou não ao pedido que lhe for formulado (art. 14 do C.P.P.). Da mesma forma, não lhe compete discutir, naquele momento, a respeito da prova colhida ou da conveniência dos atos praticados pela autoridade policial. Porém, no momento em que a discricção se transformar em arbítrio, aí sim, mesmo sendo o inquérito policial eminentemente inquisitivo, o indiciado surgirá como sujeito de direito, não, porém, em razão dos atos de inquérito em si, mas sim. E tão somente, em decorrência do arbítrio praticado pela autoridade exorbitante. Cabe-lhe, pois, nesse passo, bater às portas do Judiciário ou do Ministério Público denunciando o abuso da autoridade.

Por tal motivo, constitui erro palmar impetrar *habeas corpus* em favor de alguém que se encontra indiciado em inquérito policial. O inquérito não é contra o indiciado. Não! Mil vezes não! O inquérito busca provas de uma infração penal e colhe indícios a respeito da autoria. A ação penal, esta sim, contém uma acusação movida contra o imputado.

Nessa ordem de idéias, no sistema do Código de 41, somente o indiciado menor, por força do disposto no art. 15 daquele diploma legal, poderia ser assistido, abrindo-se, com isso, exceção à regra absoluta de observância do sigilo. É que, aí, sobreleva um valor maior, qual seja o de suprir a relativa incapacidade do menor de 21 anos.

Como era de esperar, a questão não passou despercebida à minúcia do estudo de ESPÍNOLA FILHO, que, então, asseverara:

² “Dicionário de Processo penal”, “Características Inquisitivas do Inquérito Policial”, ELIEZER ROSA, págs. 82/83, “Editora Rio”, 1975, livro produzido em convênio com as “Faculdades Integradas Estácio de Sá”.

“Pode o indiciado, sem dúvida, precaver-se contra violências policiais, fazendo-se acompanhar de advogado, quando chamado à polícia, a fins de inquérito; mas ao profissional, cuja presença será garantia de tratamento legal ao constituinte, não é dado exigir-lhe permita a autoridade policial a presença, quando interrogado o indiciado; a lei é clara, só se referindo à assistência do curador, quando se trate de menor”.³

Com o advento do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 4215 de 27-IV-63), restou estabelecido ser direito do advogado:

art. 89 item VI, letra b: “ingressar nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, tabelionatos, ofícios de justiça, inclusive dos registros públicos, DELEGACIAS E PRISÕES”. (destaque nossos).

Assim como:

“EXAMINAR EM QUALQUER REPARTIÇÃO POLICIAL, MESMO SEM PROCURAÇÃO, AUTOS DE FLAGRANTE E DE INQUÉRITO, findos ou em andamentos, AINDA QUE CONCLUSOS À AUTORIDADE, PODENDO COPIAR PEÇAS E TOMAR APONTAMENTOS.” (art. 89, XV) [destaques nossos]

O objetivo da lei era evidente e resultou, plenamente, alcançado, findando-se a partir de então o sigilo dos inquéritos.

Alegam os corifeus da tamanha absurdidade estabelecer a Constituição Federal a garantia de ampla defesa em favor dos Acusados (art. 153 § 15). Esquecem-se, porém, que a Lei Maior faz referência expressa a ACUSADOS. Ora, no inquérito policial não há acusados mas indiciados, restando evidente que o texto constitucional está, como não poderia deixar de ser, voltado para a ação penal, assegurando, aí, ampla defesa com os recursos a ela inerentes.

Como observa, de forma candente, o Prof. TORNAGHI ao comentar o art. 20, “se mesmo na fase judicial, eminentemente acusatória, a lei impõe ou permite o sigilo (*v.g.*, arts. 486, 561, VI e 745), não é de estranhar que mande assegurar o sigilo sem o qual o inquérito seria uma burla ou um atentado”...⁴

³ “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, volume I, pág. 314, n.º 67, “Editor Borsoi”, Rio de Janeiro, 1965, sexta edição.

⁴ “Comentários ao Código de Processo Penal”, HÉLIO TORNAGHI, volume I, tomo I, pág. 189, “Edição Revista Forense”, Rio de Janeiro, 1956.

No mesmo sentido é o pensamento do ilustre membro do Ministério Público de São Paulo, Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, quando ao estudar a perseguição criminal, salienta, repleto de razão: “no Brasil, entretanto, a luta tem sido ingente para não se permitir a ingerência da defesa na fase policial. Observe-se que se Pedro pretende mover ação investigatória de paternidade contra Leão, evidentemente não teria sentido que Pedro procurasse Leão e solicitasse o seu auxílio na colheita de provas para a propositura da ação... Pois bem: faz sentido o estado – Administração, titular do direito de punir e da *poursuite* convidar um *representante* do indiciado para auxiliá-lo na colheita de provas para posteriormente acusa-lo? Seria um disparate inqualificável”.⁵

O caráter inquisitivo do inquérito impede, por sua natureza, qualquer atuação da defesa, seja ela direta, seja indireta. Por tal razão é que não se poderá opor suspeição às autoridades policiais em relação a atos de inquérito, podendo, quando muito, desde que ocorra motivo legal, a autoridade, por ato seu, declarar-se suspeita ou impedida. (art. 107)

Cumpre assinalar que a Lei 4215 veio permitir a quebra do sigilo do inquérito policial mas não concedeu ao advogado o direito de participar de diligências, de inquirir testemunhas ou de qualquer outra forma participar da elaboração do inquérito.⁶

Outra observação que se faz importante é que a quebra do sigilo é privilégio concedido somente ao advogado, excluindo-se da prerrogativa qualquer outra pessoa ou classe profissional.

O anteprojeto do Código de Processo Penal de autoria do Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES veio, em boa hora, restabelecer de forma integral o sigilo do inquérito policial. (art. 259)

Dessa forma ficarão revogados os preceitos da Lei 4215, já que o anteprojeto, ao transformar-se em lei, importará na ab-rogação (revogação total da lei anterior) de todos os preceitos contidos no Estatuto da Ordem dos Advogados no que respeita ao sigilo do inquérito policial, restaurando, assim, a natureza inquisitiva pura daquele procedimento.

Como consequência lógica do sigilo, estabeleceu o anteprojeto a regra da incomunicabilidade, até três dias, do indiciado, quando o interesse da sociedade ou o da investigação o exigir, mediante despacho fundamentado da autoridade nos autos do inquérito policial ou através da portaria, também fundamentada, que se juntará aos autos. Estando o indiciado solto e ocorrendo qualquer das hipóteses do parágrafo 1.º do art. 259, a autoridade poderá requerer ao juiz que ordene a prisão temporária. (art. 259 § 1.º e 2.º).

⁵ “Processo Penal”, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, volume I, pág. 163, “Editora Jalovi”, Bauru, São Paulo, 1972.

⁶ “Processo Penal”, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, volume I, pág. 163, “Editora Jalovi”, Bauru, São Paulo, 1972.

A incomunicabilidade, de acordo com a lição de BENTO DE FARIA, “consiste na proibição de comunicar-se o preso com quem quer que seja, exceto a autoridade”.⁷

Por ela fica o indiciado privado do direito de comunicação de pessoa, facilitando-se com isso a ação da autoridade policial na busca das provas, que, sem aquela providência, poderia ficar frustrada através da ação direta ou indireta do próprio indiciado. É medida tomada em proveito da causa social, tendo por fim a procura de vestígios que o indiciado, como já ressaltado, poderia fazer desaparecer. Este o ensinamento dos clássicos, entre eles JOÃO MENDES⁸ e PIMENTA BUENO⁹, quando estudam a finalidade desta grave restrição ao direito individual em benefício do bem comum.

A medida, é bom que se ressalte, não deve revestir-se de feição rotineira, aplicando-se, somente, nos casos em que o interesse da sociedade ou da investigação o exigir.

Demais, só terá lugar quando o indiciado estiver *legalmente* preso, pois, em caso contrário, importaria em coação ilegal para o indiciado, ensejando *habeas corpus* em seu favor, sem prejuízo da responsabilidade penal da autoridade.

Andou bem o anteprojeto ao colher a sugestão do Professor Tornaghi¹⁰, exigindo que a proibição se fizesse mediante despacho fundamentado. Na verdade, como salientara aquele eminente processualista, ao tecer comentários ao art. 21 do Código em vigor, “a proibição deve ficar documentada nos autos mediante despacho que, embora a lei não o diga expressamente, tem de ser fundamentado. De outra maneira não se poderá aferir a existência dos requisitos: interesse da sociedade ou conveniência da investigação. E mais: a fundamentação não deve consistir apenas na alusão de existência de interesse da sociedade ou conveniência da investigação, mas na referência às circunstâncias, dos fatos, que geram aquele interesse ou esta conveniência”.

Mais ainda: cogitando-se de privação da liberdade individual, levada ao extremo da incomunicabilidade, não merecerá guarida, aqui, a norma inserida no art. 153, *in fine* do anteprojeto, porque poderia ocorrer que a incomunicabilidade excedesse o prazo de três dias. É a aplicação, no caso, da regra segundo a qual *lex specialis derogat legi generali*. Assim, não haverá prorrogação de prazo para o primeiro dia útil mesmo que o término do prazo venha a cair em feriado ou em dia sem expediente no foro, pois que a atividade policial nunca se interrompe.

Tem pleno sentido, ainda agora, o ensinamento de BENTO DE FARIA¹¹, que buscando mitigar o rigor da medida em exame, salientara a possibilidade de a autoridade, “em casos excepcionais e urgentes, permitir a comunicação com alguma

⁷ “Código de Processo Penal”, BENTO DE FARIA, volume I, pág. 113, Distribuidora “Record Editora”, Rio de Janeiro, 1960.

⁸ “Processo Criminal Brasileiro”, JOÃO MENDES, v. I, n. 288, pág. 388.

⁹ “Processo Criminal”, PIMENTA BUENO, n. 152.

¹⁰ *in op. cit.*, pág. 190.

¹¹ *in op. cit.*, pág. 113.

pessoa da família”. O festejado tratadista, no entanto, estabelece critérios, que, em tais circunstâncias, devem ser adotados, ao prelecionar: “neste caso, a comunicação deverá se verificar por escrito sujeito a inspeção da respectiva autoridade, que será o único Juiz da possibilidade de sua transmissão”. Nada mais acertado, cogitando-se de providência a ser tomada na fase inquisitiva do procedimento.

Os conselhos do preclaro Mestre objetivam temperar o rigor da lei, para atender a casos excepcionais, que possam ocorrer, fazendo lembrar a advertência do juiz britânico ao capitão Courtney, do navio de guerra “Bounty”, de Sua Majestade, quando observou: “a lei está certa, mas há que ser aplicada por cavalheiros”. (Cfr. “O Grande Motim”).

Não assiste razão ao eminente jurista ANTONIO ACIR BRED¹², quando em seu magnífico estudo sobre o anteprojeto, afirma não ver sentido para que se revogue o art. 89, III da lei 4215/63, que assegura ao advogado o direito de “comunicar-se, pessoal e reservadamente, com os seus clientes, ainda quando estes se acham presos ou detidos em estabelecimento civil ou militar mesmo incomunicáveis”.

A opção ao anteprojeto, além de coerente com a natureza inquisitiva do procedimento policial, pretendeu reforçar a função repressiva do Estado, garantindo, por completo, o inquérito sigiloso.

É certo que, no anteprojeto TORNAGHI, a medida coercitiva não se estendia ao advogado. Parece-nos, porém, que, nesse ponto, a posição assumida pelo atual anteprojeto reveste-se de maior coerência, dada a natureza inquisitiva do procedimento policial. Não havendo acusação não se cogitará, em contrapartida, da presença de defesa.

Como já ressaltado, risco algum decorrerá para o indiciado incomunicável, pois estando legalmente preso, a custódia provisória ficará sob imediato controle jurisdicional, respondendo a autoridade policial por eventual abuso de autoridade.

Ao contrário do que sustenta o ilustre representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Paraná, o anteprojeto não silencia a respeito da restrição feita ao advogado. Se transformado em lei, o art. 89, III da Lei 4215/63 restará ab-rogado (revogação total levada a efeito por lei nova, que regulou, por inteiro, a matéria de que tratava a anterior).

Ao estabelecer o sigilo no inquérito policial, em toda a sua plenitude, fica creditado ao anteprojeto mais um ponto positivo, a merecer o elogio de todos aqueles que se interessam pelo estudo do direito processual penal.

¹² “Notas sobre o anteprojeto de Código de Processo Penal”, ANTONIO ACIR BRED¹², in “Revista de Direito Penal”, Diretor: Professor HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, números 11/12, págs. 65/66, “Editora Revista dos Tribunais”, julho-dezembro-1973.

Réquiem para o sigilo no inquérito policial¹

Sergio Demoro Hamilton

“Infelizmente a demagogia forense tem procurado adular, a todo o custo, o caráter inquisitivo da investigação, o que consegue sempre que encontra autoridades fracas e pusilânimes. Por outro lado, a ignorância e o descaso relativos aos institutos de processo penal contribuem, também, decisivamente, para tentativas dessa ordem.”²

1. Quando do advento do anterior Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215, de 27/4/63), manifestara toda a minha estranheza em relação ao art. 89, XV, daquele estatuto legal que assegurava ao advogado o direito de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.” Dizia, na ocasião, que, a partir de então, cessara o sigilo nos inquéritos.³

Não sou profeta, nem filho de profeta, mas sei somar dois mais dois, concluindo, com alguma facilidade, que o total é quatro. Não há qualquer toque de genialidade na constatação de que o segredo, desde que, por muitos conhecido, deixa, por óbvio, de existir como tal. Tudo isso tive a oportunidade de registrar há 28 anos atrás! Há quase três décadas, portanto.

2. Não obstante tal colocação, ainda se afirma, com certa frequência, principalmente, em manuais e cursos de processo penal, quando do estudo da natureza jurídica do inquérito policial, ser ele um procedimento administrativo sigiloso. É caso de dizer, como sentenciava Nelson Rodrigues, “se os fatos me desmentem, pior para os fatos.” A máxima do grande dramaturgo e extraordinário frasista cai, qual uma luva, para o caso em exame.

Aliás, a própria redação do art. 20 do CPP, onde o sigilo, originariamente, vem assinalado, apresenta-se equívoca. Ali não está dito, como era de esperar, que o inquérito policial *será sigiloso*. Com efeito, compulsando o dispositivo em questão, vê-se registrado

¹ Artigo publicado originalmente na *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, nº 4 e ano V, nº 5.

² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. I, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 57.

³ Basta consultar meu trabalho, escrito há quase três décadas, publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 2ª fase, nº 01, 1975. p. 28 e seguintes, intitulado “A importância do sigilo no inquérito policial.”

que a autoridade policial, quando do inquérito policial, assegurará o sigilo necessário à “elucidação do fato” ou, ainda, quando tal for exigido pelo “interesse da sociedade.”

Vê-se, destarte, que a própria lei não consignou, de forma indiscutível e peremptória, o sigilo. Muito pelo contrário, manda que a autoridade coatora “assegure” tal segredo quando necessário à elucidação do fato. Ora, como assinaei nos idos de 1975, “a redação poderia ter sido mais enxuta”⁴ fazendo um ponto final, após determinar que o inquérito seria sigiloso. Porém, não é o que diz a lei; ali, de forma duvidosa, afirma-se, apenas que a autoridade policial somente assegurará o sigilo quando necessário “à elucidação do fato” ou quando o “interesse social” o recomende. Já afirmara então (1975!) “que, pelo menos, para a elucidação do fato o segredo da investigação não pode jamais ser dispensado.”⁵ Ou será que pode? É o que a lei deixa entrever.

Da mesma forma, a ressalva quanto ao “interesse social,” conceito válvula que dá margem a grande discricção por parte da autoridade, podendo descambar para o arbítrio, não traduz a melhor redação para o texto, na forma insegura em que ele vem enunciado no Código de Processo Penal.

Magalhães Noronha,⁶ que por tantos anos perorou na defesa dos interesses do Ministério Público de São Paulo, ao cogitar do tema, salienta que o sigilo da investigação é da “*essência do inquérito*” (destaques meus), pois não guardá-lo importará, muita vez, em fornecer armas e recursos ao delinqüente,” frustrando a apuração da infração penal e da autoria.

3. Agora, com a entrada em vigor do novo “Estatuto da Advocacia e da OAB” (Lei nº 8.906, de 04/07/1994), o assunto veio, novamente, à baila, em função do que dispõe o art. 7º da mencionada lei. O dispositivo em questão consta do Capítulo II, do Título I, que cogita dos direitos do advogado. Ali, no inciso XIV, está dito:

“examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.”

A nova lei, como de fácil observação, repete *ipsis litteris* a redação do Estatuto de 1963, pondo a pá de cal no assunto. Para encurtar idéias: o inquérito, há muito, deixou de ser sigiloso.

4. O grave equívoco dos corifeus de tamanha absurdidade decorre do fato de que eles ignoram um dado elementar a respeito da natureza jurídica do inquérito policial,

⁴ *Apud. Op. cit.* nota 1, p. 28 e ss.

⁵ *Apud. Op. cit.* nota 1, p. 28 e ss.

⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 17ª ed. atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 22

qual seja o de que o sigilo é da *essência* daquela peça de investigação, como bem assinala a doutrina que se ocupa do tema com seriedade.

Tornaghi, versando sobre o assunto, deixa claro que o inquérito sem o segredo “seria uma burla ou um atentado,”⁷ pondo em relevo que tal reserva não importa restrição à defesa, pois esta não se faz presente nesta fase.

Na realidade, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, somente alude ao contraditório e à ampla defesa, quando faz referência ao processo, usando, no plural, o vocábulo “litigantes”. Ora, no inquérito policial, não há litígio nem tampouco acusação, motivo pelo qual não há falar em defesa. O inquérito (é bom que fique assinalado) não é *contra* o indiciado, o que soaria a tolice; o indiciado apenas responde ao inquérito policial por ser a pessoa em relação a quem há indícios de autoria de uma infração penal. Por tal razão, a própria natureza do inquérito não se compadece com as formas secundárias que, em geral, integram o processo acusatório, entre elas a publicidade e a oralidade. Em relação à última, o art. 9º do CPP estabelece a forma escrita para o inquérito, mostrando, de forma bem nítida, o descompasso de tratamento entre as duas situações processuais.

Quanto à publicidade, trata-se de forma secundária típica do processo judicial, valendo o destaque de que nem mesmo nesta fase, eminentemente acusatória, a lei processual impõe que ela seja observada em caráter absoluto e integral. É o caso, por exemplo, das regras constantes dos arts. 486 e 792, § 1º do CPP, que permitem restrições à publicidade no decorrer do processo. São situações excepcionais que motivam a limitação e restringem, em parte, a publicidade. Aliás, a própria Constituição Federal deixa claro que a “lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX). Portanto, resta claro que a publicidade, nem mesmo durante o processo, assume caráter inafastável e impostergável. Complementando aquele dispositivo genérico, o art. 93, IX, da Carta Magna permite que a publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sofra limitação, “quando o interesse público o exigir”.

5. Outro aspecto a ser examinado em matéria de sigilo no inquérito policial decorre do caráter inquisitório de que se reveste aquela peça informativa. Sabe-se que o processo inquisitório apresenta dois aspectos fundamentais: o sigilo e a forma escrita. É certo que nenhuma daquelas duas formas integra a essência do processo inquisitório. Aliás, no decorrer dos séculos houve grande variação em relação a tais formas secundárias de processo. No Direito Romano, por exemplo, o processo acusatório, em diferentes fases, apresentou-se escrito e sigiloso. Isto, porém, não desnatura o caráter sigiloso atual do processo inquisitorial.⁸

⁷ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. v. I. Tomo I. José Konfino-Editor, 1967. p. 172

⁸ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. V. primo. Cap. primo, de modo especial os nos 06 e 07. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931. p. 1-66. O eminente jurista italiano discorre

É, aliás, por tal razão, que a lei processual penal veda a possibilidade de opor-se a exceção de suspeição em relação às autoridades policiais, quanto aos atos de inquérito (art. 107), embora tenha o cuidado de determinar a abstenção do delegado caso ele se veja naquela condição. É que não há razão para a oposição daquela modalidade de defesa indireta pois inexistente acusação. Aliás, se tal fosse permitido, não se apuraria jamais qualquer infração penal.

Por igual motivo, o art. 14 do CPP enseja ampla liberdade para a autoridade policial deferir ou não qualquer diligência requerida pelo indiciado, evitando, com isso, a procrastinação no andamento e na conclusão do inquérito.

Será preciso dizer mais?

Os dois dispositivos acima examinados estão a demonstrar que o inquérito não é ainda processo no sentido técnico, tanto que o Anteprojeto Tornaghi, recordando o óbvio, dispunha que o inquérito policial não tem caráter instrutório (art. 8º). Na verdade, a instrução irá desenvolver-se na fase processual, mas seria levar-se muito longe a depuração do léxico processual negar qualquer caráter instrutório ao inquérito. Ele pode ocorrer. Explico-me: em um primeiro momento ele servirá como suporte probatório para a formulação da acusação, representando, para muitos na doutrina, a demonstração do interesse de agir do autor. Em outra oportunidade, pode ocorrer que a prova técnica, embora sujeita ao contraditório diferido, não mais possa ser renovada. Vislumbre-se, por exemplo, o caso de uma prova pericial cujo valor venha ser contestado, mas que não mais possa ser renovada em face do perecimento do objeto a ser examinado (arts. 180 e 181, parágrafo único, do CPP). Em tal hipótese, não se pode contestar que, eventualmente, a prova do inquérito irá valer como elemento de instrução do processo, cabendo ao juiz emprestar-lhe o valor que entender devido. Somente a prova oral, esta sim, exigirá renovação sempre sob o crivo do contraditório.

Porém, como regra geral, é correta a formulação de que o inquérito policial não se reveste de caráter instrutório.

6. É de ser notado que o “Anteprojeto do CPP” de autoria do Professor José Frederico Marques,⁹ de acordo com a melhor doutrina, como era de esperar-se, restabelecia, de forma integral o sigilo no inquérito policial (art. 259), com a ab-rogação, neste ponto, do anterior Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei nº 4.215, de 27/04/1963).

Porém, no atual, o absurdo ressurgiu em toda a sua plenitude, ao permitir-se ao advogado, tal como já ocorria anteriormente, “copiar peças e tomar apontamentos” (art. 7º, XIV).

ex professo sobre processo inquisitório e o acusatório, sendo matéria de leitura obrigatória para quem pretenda aprofundar-se sobre o assunto. Entre nós, cumpre destacar o excelente estudo de João Mendes de Almeida Junior. In: *Processo Criminal Brasileiro*. V. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959. p. 223 e ss.

⁹ *Apud. Op. cit.*, nota 1, p. 28 e ss.

Ora, como se vê da lei, sendo um direito do advogado, poderá ele exigir que lhe sejam extraídas cópias reprográficas das peças que entender, levando-as consigo para, com elas, fazer o uso que lhe aprouver. Será desnecessário assinalar o risco que a investigação sofrerá, na medida e que tais peças se tornem públicas e que cheguem em mãos menos escrupulosas.

Averbe-se que o acesso do advogado às investigações do inquérito não é absoluto e exige, por tal razão, algumas limitações. Por isso mesmo os advogados dos indiciados não podem participar juntamente com a autoridade policial quando da inquirição de testemunhas ou por ocasião das perguntas ao ofendido. Diga-se o mesmo no decorrer de outras investigações tais como quando da realização de uma busca e apreensão ou da realização de uma perícia ou, ainda, quando de uma sessão de reconhecimento de pessoas e coisas ou por ocasião de uma acareação.

Tem carradas de razão a irônica observação de Tourinho,¹⁰ ao registrar:

“faz sentido o Estado, titular do direito de punir e da *poursuite*, convidar um representante do indiciado para auxiliá-lo na colheita de provas, para, posteriormente, acusá-lo?”

E ele mesmo responde:

“Seria um disparate inqualificável.”

De qualquer maneira, com as franquias que lhe são concedidas pelo art. 7º, XIV da Lei nº 8.906/94, nada impedirá que o advogado copie dos autos do inquérito policial tudo que bem entender para a “defesa” de seu cliente.

7. Um argumento falacioso costuma ser usado para defender a publicidade do inquérito policial, fundado no art. 5º, LV da Constituição Federal, que estabelece: “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.” Não resta dúvida que o inquérito policial é um processo administrativo, porém revestido de peculiaridades que o distinguem dos demais procedimentos administrativos. Vamos a elas:

a) no inquérito policial não há litigantes, pois não há litígio nem acusação; o inquérito policial não se dirige *contra* o indiciado, este responde, apenas, a uma investigação;

b) por tal razão, não há falar em acusado ou réu, mas em mero indiciado; este poderá ser acusado no futuro, quando, aí sim, for movida uma ação penal *contra* ele pela prática de determinada infração penal, momento em que se farão presentes o contraditório e a ampla defesa com os recursos a ela inerentes;

¹⁰ FILHO, Tourinho e COSTA, Fernando da. *Processo Penal*. vol. I. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 210 e ss.

c) o inquérito policial não é um fim em si mesmo, ele reveste caráter instrumental. Melhor dizendo: é meio para possibilitar o eventual ajuizamento da ação penal. Ora, o processo administrativo a que alude a Constituição Federal é aquele que termina com uma decisão de natureza administrativa, que poderá trazer conseqüências mais ou menos graves para o funcionário, como, por exemplo, sua demissão ou outra qualquer sanção prevista em lei. Em suma: ele é um fim em si mesmo, justificando-se, portanto, a presença da defesa, do contraditório e dos recursos inerentes a tal forma de processo.

Como bem assinala Donnedieu de Vabres,¹¹ a propósito das investigações preliminares na França, “*Dans la phase policière du procès pénal, le défenseur n’a pas le droit d’intervenir*”.

Porém, em nosso Brasil, ainda se insiste em transformar-se o inquérito policial em verdadeira instrução criminal...

8. Há uma ressalva contida no art. 7º, § 1º da Lei nº 8906/94, que assinala a não aplicação dos incisos XV e XVI, vedando a vista e a retirada de autos do cartório quanto “aos processos sob regime de segredo de justiça” (I) ou quando, nos autos respectivos, existirem documentos de difícil restauração (II) ou, ainda, aqui como sanção, quando o advogado houver deixado de devolver os autos no prazo legal, e só o fizer depois de intimado”. (III)

Merece observação, no entanto, que tais restrições estão voltadas para o processo civil (art. 40, II e III do CPC), embora a lei não faça alusão expressa a tal circunstância. É de se entender assim, pois, do contrário, não se justificaria a referência “aos processos sob regime de segredo de justiça”, uma vez que o inquérito não é processo, assim como não há no Código de Processo Penal, na fase do inquérito policial, qualquer alusão a tal situação, isto pela singela razão de que, apesar da defeituosa redação do art. 20 do CPP, o inquérito policial é (ou deveria ser) sigiloso por natureza. Destarte, não haveria razão legal para decretar-se o seu sigilo. Mais ainda: é no inciso XIV do art. 7º que a lei se refere especificamente ao procedimento policial.

9. É preciso ter em conta que a consulta aos autos, pelo advogado, com toda a amplitude que lhe concedeu o inciso XIV do art. 7º da Lei nº 8.906/94, jamais autorizará o causídico a intrometer-se no curso das investigações que estão sendo realizadas no sentido de apurar os fatos criminosos, como já posto em relevo (nº 6, *supra*).

Que despautério seria ter a autoridade policial, à sua ilharga, o defensor do indiciado “auxiliando” nas investigações!

Quando muito, alvitre-se que o advogado do indiciado possa requerer alguma diligência de interesse do seu cliente que será realizada ou não, a critério da autoridade

¹¹ VABRES, Donnedieu de. *Traité de Droit Criminel et législation pénale comparée*. Paris: Sirey, 1947. *Apud*, *Op. cit.*, nota 8, p. 212.

(art. 14, CPP). Tal dispositivo da lei processual é outro fator indicador bem nítido do caráter inquisitivo do inquérito policial.

Ao ocupar-se do exame da presença do advogado na fase da investigação preliminar, Espínola Filho¹² assegura que o patrono do indiciado pode acompanhar o seu constituinte quando chamado à polícia a fins de inquérito, não se admitindo, porém, sua presença quando do interrogatório do investigado.

10. Até aqui vimos direcionando nosso estudo voltado para o interesse público, isto é, para o êxito da apuração da infração penal. Mas há outro aspecto, nem sempre destacado, que reside no dever moral e legal do resguardo da própria pessoa do indiciado. Não resta dúvida que ele também, como investigado, deve ser protegido de maneira que seu nome ou sua fotografia ou mesmo qualquer outra forma de publicidade negativa venha à tona desnecessariamente, salvo, evidentemente, se a providência possa tornar-se necessária ou mesmo inevitável para a apuração do fato ou para a localização do próprio indiciado.

É que, muitas vezes, com a publicação de fotos, de vídeos ou mesmo através da exposição através da televisão, torna-se possível reconhecer e prender perigoso criminoso, que se encontra foragido.

Quem não se lembra do “Maníaco do Parque” (designação que lhe foi outorgada pela mídia), que, faz algum tempo, atemorizou a cidade de São Paulo, estuprando e matando mulheres após conduzi-las a lugar ermo, na busca da realização de seus propósitos criminosos. Era ele um “*moto-boy*”, que foi reconhecido por uma das vítimas, que conseguiu escapar. Pois bem: com a divulgação nos meios de comunicação de massa de sua fotografia, tornou-se possível a sua prisão, cessando, a partir de então, a série de crimes hediondos por ele perpetrados. Assim ocorre em vários casos que chegam ao nosso conhecimento diário.

Conclui-se daí, que, em princípio, a pessoa do indiciado deve ser poupada, evitando-se qualquer publicidade prejudicial para a sua pessoa. Tal cuidado só deverá ser quebrado quando a apuração do fato e/ou o interesse público o exigirem.

11. Há um inquérito policial, no entanto, que goza, desde logo, de ampla publicidade.

Refiro-me ao inquérito policial que tem início através da prisão em flagrante do indiciado (art. 8º, do CPP). É que, por força do art. 5º, LXII e LXIII da nossa Carta Política a prisão do indiciado será, *imediatamente*, comunicada à família do preso ou à pessoa por ele indicada (LXII), sendo-lhe assegurada, desde logo, a assistência da sua família e de advogado (grifo meu).

¹² ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. v. I. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965. p. 314.

Ora, não resta dúvida que com tantas pessoas podendo tomar conhecimento da prisão do indiciado e, por óbvio, dos motivos que lhe deram causa, não se poderá, nem de leve, cogitar de sigilo.

A razão de tal cuidado por parte do legislador constitucional decorreu de um abuso inominável, conhecido como “prisão para averiguações”, despida de qualquer amparo legal, ato arbitrário usado, com frequência, por autoridades policiais que não honram a sua classe, com finalidades, muitas vezes, inconfessáveis.

Aliás, a prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21/12/1989) surgiu, justamente, para obviar aqueles abusos.

De qualquer maneira, no caso de prisão em flagrante, não se poderá falar em sigilo, valendo notar que, *in casu*, não há o que criticar, pois a liberdade individual a tudo sobreleva. Porém, a partir daí, isto é, do ato de prisão, não cabe ao advogado participar das investigações, lado a lado com o delegado.

Aliás, não param aí as garantias do preso: além da necessidade da *imediate* comunicação ao juiz competente do local onde se encontra custodiado o indiciado, (art. 5º, LXII da CF), providência clássica em nossa ordem constitucional, a Lei Complementar de nº 75, de 20.05.1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) determinou que a prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, seja 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) [destaque do autor]. Ressalte-se que a medida em questão encontra inteira aplicação em relação ao Ministério Público dos Estados, pois, em relação a ele, aplicam-se, subsidiariamente, as mesmas regras da Lei Orgânica do Ministério Público da União, consoante dispõe o art. 80 da Lei nº 8.625, de 12.2.93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados - LONMPE).

E ainda: ordena a Constituição Federal que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, LXIV), além do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), sem que daí lhe advenha qualquer consequência em prejuízo para a própria defesa. Nesse passo, a parte final do art. 186 do CPP não se viu recepcionada pela Carta Política de 1988, quando a lei processual penal cogita do interrogatório judicial. Do silêncio do réu, na atualidade, nada se extrai em detrimento da defesa.

Como de constatação tranqüila, o preso encontra-se, no momento, bastante protegido não só pela Carta Magna, como também pelas leis processuais que dele se ocupam, o que, sem dúvida, é providência justíssima. Porém, não resta dúvida que, em razão de todas essas garantias, o inquérito policial, quando iniciado pela *notitia criminis coativa* (art. 8º do CPP), na verdade goza de ampla publicidade, tal o número de pessoas que toma conhecimento do evento-prisão.

Compreende-se, no caso, a exceção à regra do sigilo que deve presidir as investigações em face de um valor maior que se alevanta: o zelo pela liberdade individual, exigindo que sua privação seja imediatamente sujeita a ampla fiscalização e controle.

Aplica-se, na espécie, a teoria da proporcionalidade em toda a sua plenitude, quando em confronto a tutela de bens jurídicos de elevado significado, sacrificando-se um deles em favor daquele considerado, *in casu*, mais relevante.

Aqui, porém, repita-se *ad instar* do que restou dito, vigora a mesma regra norteadora de todas as investigações criminais; o advogado não poderá participar da apuração dos fatos juntamente com o delegado, assegurando-se, quando muito, requerer as providências a que alude o art. 14 do CPP, que serão realizadas ou não a critério da autoridade.

12. De tudo o que resultou exposto, podem ser extraídas algumas conclusões:

12.1 A redação do art. 20 do CPP já apresentava certa imprecisão em sua redação, não estabelecendo de forma peremptória o sigilo do inquérito policial, como se impunha (1 a 2, *supra*).

No meu entendimento, a redação ideal do Código deveria revestir-se da seguinte roupagem:

“Art. 20 - O inquérito policial será sigiloso.

Parágrafo único. A autoridade poderá dispensar o sigilo quando exigido para apuração do fato ou pelo interesse social.”

Aliás, a publicidade pode ser restringida mesmo na fase processual quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (arts. 5º, LX e 93, IX da CF e 792, § 1º do CPP). Tal autorização parte não só do Código de Processo Penal como da própria Constituição Federal.

Não foi este, porém, o caminho trilhado pelo legislador dos anos 40, daí que vemos, a todo dia pela mídia, expressões do tipo “o delegado decretou o sigilo das investigações”, quando, de acordo com a redação proposta, o inverso é que haveria de ocorrer. Quando não fosse caso de sigilo é que haveria de dar-se a manifestação expressa da autoridade.

12.2 Para agravar a situação, temos em vigor a Lei nº 8906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), que, na prática, acabou com o sigilo no inquérito policial (3, *supra*).

12.3 O absurdo doutrinário de tal posicionamento procurei demonstrá-lo no decorrer do presente estudo (4 a 7, *supra*).

12.4 Mesmo com todas estas facilidades de acesso aos autos do inquérito policial, não se admitirá jamais a presença do advogado do indiciado “auxiliando” a autoridade policial na colheita das provas. Como diz Tourinho: “Seria um disparate inqualificável” (6, *supra*).

12.5 O sigilo recomenda-se não só em favor do interesse público e da apuração da infração penal. Ele é de ser observado, também, para resguardar a vida particular da pessoa do indiciado, evitando a sua exibição *desnecessária* através da mídia. Em certos casos, como mal menor, não haverá outro meio que não seja o de expor a figura do indiciado à publicidade, objetivando a apuração do fato ou a localização do próprio indiciado (10, *supra*).

12.6 Quando da prisão em flagrante do indiciado, como ficou anotado (11, *supra*), a publicidade torna-se inevitável em função do grande número de pessoas que passa a tomar conhecimento do fato. Não me refiro às autoridades, mas sim às pessoas da família, advogados *etc.*

Em tal circunstância, na defesa da liberdade do preso, justifica-se a publicidade inevitável.

Porém, como nos demais casos, não estarão o advogado e, muito menos, as pessoas da família e amigos autorizados ao acompanhamento das investigações que se seguirem juntamente com a autoridade policial. É bom enfatizar até a náusea. (6 e 9, *supra*).

12.7 A investida imotivada contra a regra do sigilo, originada a partir do Estatuto da Ordem dos Advogados de 1963 (Lei nº 4.215, de 27.4.1963), encontra, não há dúvida, sua razão de ser nos abusos perpetrados por maus policiais que, fazendo uso indevido da sua nobre função, avançavam *au delà* do que seria legítimo praticar, descambiando para o arbítrio e para violência em suas diligências.

12.8 Observe-se, ainda, que nem mesmo nos casos de prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21/12/1989) decretada sempre que “*imprescindível* para as investigações do inquérito policial” (destaque meu) objetivando a busca de prova relacionada com a prática de crimes gravíssimos, enumerados no art. 1º, inciso III, da referida lei, houve o cuidado de fazer-se a ressalva preconizada na redação proposta para o art. 20 do CPP (12.1, *supra*).

É fácil explicar o procedimento do legislador, uma vez que, tratando-se de prisão, a publicidade seria inevitável por força da Constituição Federal (11, *supra*), como, aliás, está ressaltado no art. 2º, 6º da própria lei que dispôs sobre a prisão temporária.

A conseqüência prática que se extrai dessas considerações é que a prisão temporária perdeu muito de seus efeitos práticos e dos objetivos que tinha em mira resguardar.

13. De tudo o que resultou exposto, parece-me que o nosso legislador ignorou, por completo, a sábia advertência de sólida doutrina, que sustenta a necessidade de que a acusação do Ministério Público tenha uma sólida base inquisitiva, sem o que não será possível levar qualquer causa criminal a juízo.

Isto talvez explique o insucesso de tantos inquéritos policiais, inviabilizando a atuação do Ministério Público, para a felicidade geral da criminalidade.

Primavera de 2003.

Referências:

- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *In: Processo Criminal Brasileiro*. V. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959. p. 223 e ss.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. v. I. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965. p. 314.
- FILHO, Tourinho e COSTA, Fernando da. *Processo Penal*. vol. I. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 210 e ss.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. V. primo. Cap. primo, de modo especial os nºs 06 e 07. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931. p. 1-66.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. I, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 57.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 17ª ed. atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 22
- TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. v. I. Tomo I. José Konfino-Editor, 1967. p. 172
- VABRES, Donnedieu de. *Traité de Droit Criminel et législation pénale comparée*. Paris: Sirey, 1947. *Apud, Op. cit.*, nota 8, p. 212.

Exame de corpo de delito – realidade e mito¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Não se pode abordar o assunto relacionado com o exame de corpo de delito sem fazer breve digressão a respeito do sistema de prova adotado em nosso Código de Processo Penal, uma vez que os artigos em que dele se ocupa especificamente a nossa lei processual (158 e 167) não podem ficar dissociados do princípio geral norteador da matéria, previsto no art. 157. Como é óbvio, um ou mais artigos de lei não têm vida por si sós; eles existem e encontram sentido lógico e teleológico uma vez examinados dentro de um contexto orgânico, submetidos, que estão, a um ordenamento jurídico sistemático, razão de ser da própria existência de um código de leis, seja ele qual for.

Como sabido, nosso Código adotou o sistema da livre convicção ou do livre convencimento, também designado como sistema da livre convicção motivada, ou, ainda, da persuasão racional.

A “Exposição de Motivos” da Lei de Ritos, ao examinar “as provas” (item VII), deixa claro que o Código “abandonou radicalmente o sistema da *certeza legal*”, salientando, com todas as letras, a inexistência de *hierarquia* de provas, pois todas as provas são relativas e, dessa maneira, nenhuma delas terá, *ex vi legis*, “valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra.”

Quero crer que a “Exposição de Motivos” da nossa lei instrumental básica não poderia ter sido mais clara.

No sistema das provas legais, também conhecido, na doutrina, como das regras legais, da certeza moral do legislador ou da certeza legal, a própria lei determinava que certo fato se provasse da maneira por ela estabelecida ao mesmo tempo em que valorava as provas, vinculando o Juiz a seguir os rígidos critérios por ela alvitados.

Ao tempo da pluralidade processual, quando cada unidade federada dispunha de lei processual própria, havia uma enormidade de normas, nos diversos códigos, estabelecendo de antemão o valor de cada prova, com isso criando uma absurda vinculação do Juiz àqueles preceitos, ao mesmo tempo em que tolhia o julgador de formar livremente o seu convencimento, desde que, à evidência, o fizesse motivadamente. A mesma “Exposição de Motivos”, em seu item VII, dá-nos dois exemplos bem nítidos das normas que, antes, vinculavam o magistrado. Um deles, rejeitado pelo sistema atual, consagrava o velho brocardo *testis unus testis nullus*, verdadeira prevenção legal contra a *voix d’un*,

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 4, p. 196-206, jul./dez. 1996.

retirando o valor probatório da palavra de uma testemunha idônea por mera questão numérica. Outro preceito estabelecia para o interrogatório “uma série de perguntas prdeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se.” (item VII.)

O Código de 42, sem dúvida, substituiu o sistema da avaliação pela lei pelo da valoração pelo Juiz, deixando de impor ao julgador um padrão de julgamento que o vinculava a determinadas regras. Porém, teve o cuidado de afastar os inconvenientes do sistema da íntima convicção, que, ao revés, consagra o despotismo judicial e que, lamentavelmente, ainda subsiste entre nós, por imposição constitucional, no Júri (art. 5º, XXXVIII CF/88), impedindo qualquer tentativa por parte do legislador ordinário no sentido de banir do nosso sistema legal a nefasta instituição do Júri. Se o sistema das regras legais limitava o Juiz, impedindo-o de alcançar a verdade real e a realização de justiça, o outro, da íntima convicção, consagra o arbítrio do julgador, traduzido pela decisão monossilábica e desprovida de fundamentação, tal como ocorre no julgamento do mérito do crime doloso contra a vida, a mais grave das infrações penais.

2. É nesse contexto que pretendo analisar o exame de corpo de delito, buscando situá-lo no sistema adotado pelo Código, para, por fim, estudá-lo em campo mais amplo, à luz da própria Lei Maior.

3. Há, por primeiro, que distinguir corpo de delito de exame de corpo de delito. Corpo de delito, numa acepção remota, designava o próprio fato típico, traduzindo o próprio tipo penal, isto é, a descrição feita pela própria lei penal material da conduta correspondente a cada infração penal. É nesse sentido que a expressão é analisada pelo saudoso Procurador de Justiça, Professor Magalhães Noronha, no seu festejado *Direito Penal*.² Não é com esta significação, evidentemente, que vamos cogitar do tema. Aqui ele será estudado, apenas, como o elemento material da infração penal, como sendo aquilo que torna o crime ou a contravenção palpável, sensível, tangível, perceptível aos sentidos. João Mendes, em definição que se tornou clássica, por seu turno, referia-se ao corpo de delito como o elemento sensível do fato criminoso, que pode ser constatado pelos sentidos.³ Assim, por exemplo, o cadáver é corpo de delito do crime de homicídio, o documento falsificado é corpo de delito do *falsum* e a ferida corpo de delito do crime de lesões corporais.

E o exame de corpo de delito?

Nada mais é que a perícia realizada no corpo de delito. O próprio Código de Processo Penal, ao tratar do assunto, alude ao exame de corpo de delito e às perícias em geral (Livro I, Título VII, Capítulo II), salientando, no art. 159, que “os exames de corpo de delito e as *outras* perícias serão feitos por peritos oficiais” (destaques meus). Assim,

² E. Magalhães Noronha, Magalhães. *Direito Penal*, 2ª ed., vol. 1, págs. 453/454.

³ João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro*, vol. 02, pág. 07.

o exame de corpo de delito nada mais é que uma perícia para a qual a lei processual emprestou especial ênfase.

Nessa ordem de idéias, a necrópsia nada mais é que o exame de corpo de delito do crime de homicídio (art. 162, CPP). A perícia de lesões corporais (art. 168, CPP) seria o exame de corpo de delito do crime a que alude o art. 129, do CP, o exame grafotécnico, por sua vez, comprovaria o *falsum* material para o reconhecimento de escritos para comprovação de letra (art. 174, CPP). E assim por diante.

Outras vezes, o exame pericial não se relaciona com um delito autônomo, guardando compasso com um tipo qualificado. Em outras palavras: o exame de corpo de delito, em tal hipótese, não objetiva demonstrar a presença de um crime em si mas somente a ocorrência de circunstâncias legais especiais de que cogitou a lei penal material. É o que ocorre, por exemplo, com a perícia a que se refere o art. 171, CPP, voltada, sem dúvida, para o furto qualificado (art. 155, § 4º, I e II, terceira figura, CP). Embora evidenciado o furto, para o reconhecimento da qualificadora torna-se necessário o exame excogitado na lei processual. Sem ele, o tipo qualificado não pode merecer reconhecimento.

4. Nosso Código previu o exame de corpo de delito no art. 158, ao registrar que nos crimes (*rectius*, infrações penais) que deixam vestígios será *indispensável* o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo, sequer, a confissão do acusado (destaque meu). Além disso, fez do aludido dispositivo uma norma perfeita, ao erigir à categoria de nulidade absoluta a falta daquele exame (art. 564, inciso III, letra “b”, CPP), ressalvando, apenas, a situação peculiar contemplada no art. 167 do mesmo diploma processual.

Em outra ocasião, a lei adjetiva vislumbra no exame de corpo de delito verdadeira condição especial de procedibilidade para o exercício da ação penal. Tal se dá nos crimes contra a propriedade imaterial (art. 525 do CPP), ao assinalar que, se o crime deixar vestígio, a queixa ou a denúncia não poderá ser recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.

De outra feita, exigiu, para efeito de lavratura do auto de prisão em flagrante e do *oferecimento da denúncia*, o laudo de constatação da natureza da substância entorpecente apreendida (art. 22, § 1º da Lei 6368/76). Trata-se, é certo, de laudo provisório versando a respeito da materialidade do crime mas que funciona como verdadeira condição especial para o exercício da ação penal por parte do Ministério Público. É a constatação, advinda da própria lei, da regra *actio non datur nisi constet de corpore delicti*.

Portanto, vê-se, com facilidade, que a lei processual, seja ela comum seja ela especial, emprestou ao exame de corpo de delito relevância desmesurada, exigindo, assim, que o assunto deva ser estudado e mensurado com o destaque que o próprio direito positivo dedicou àquela perícia. Cumpre, pois, examinar os diversos textos legais para, em função do que deles se possa extrair, chegar a algumas conclusões relevantes a respeito do *thema*.

5. Quando uma infração penal deixa vestígios?

Há *facta permanentes* e *facta transeuntes*;⁴ os primeiros fatos deixam vestígios, os últimos não. Quando uma infração penal apresenta vestígios constataáveis materialmente ela se enquadra nos fatos não-passageiros. Estes não são transeuntes. É o caso do homicídio, por exemplo, em que o cadáver surge como prova material do crime. Em tal hipótese, o exame se fará sobre o próprio corpo de delito, por meio de uma perícia denominada necrópsia.

Já uma injúria verbal, em regra, não deixa vestígios. É viandante. Convém ponderar que, com o avanço da ciência e da tecnologia, torna-se possível gravar a voz do agente, caso em que se terá evidenciado materialmente o crime em questão. É o caso, por exemplo, da injúria perpetrada pelos veículos de comunicação (rádio, televisão, etc.) ou em uma solenidade pública, ou, ainda, em um comício eleitoral. Pode ocorrer, também, que o crime contra a honra seja praticado por meio da imprensa escrita (jornal, revista etc.), deixando, em conseqüência, vestígio.

Reza o art. 158 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” (destaque meu). Dúvida não há a respeito do que seja exame direto, isto é, aquele levado a efeito sobre próprio corpo de delito.

Porém, a lei alude, também, ao exame indireto (art. 158), não dizendo em que ele consiste nem como deve ser feito. Daí, a regra do art. 167, CPP, comumente indicada como representativa do exame indireto e que, em boa técnica legislativa, não deveria constar como um dispositivo insulado no capítulo das perícias, mas sim integrar um parágrafo do aludido art. 158, CPP, pois que, com ele, guarda compasso. Atenderia, assim, de melhor forma, ao que o legislador pretendeu.

Vale ponderar, no entanto, que o disposto no art. 167 constitui verdadeira excrescência, pois o exame de corpo de delito, como perícia que é, integra a chamada prova técnica, ao passo que a testemunha a que se refere o referido dispositivo pertence ao ramo das provas orais.

Tornaghi,⁵ com a sensibilidade jurídica que lhe é peculiar, teve a oportunidade de assinalar:

“o exame indireto não é o puro e simples depoimento das testemunhas. Esse será sempre e apenas depoimento! Se não se lhe juntar a elaboração pericial, não será perícia.”

⁴ Carrara, *Programma*, Parte Geral, vol. 01, pág. 97.

⁵ Helio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, vol. 02, pág. 732, Tomo II, José Konfino Editor, 1967.

E conclui, de forma taxativa, que “a prova testemunhal de que falam os arts. 564, III, “b”, 167 e 168 § 3º, a rigor é maneira de o exame de corpo de delito, permitida expressamente pelo Código, mas não é exame indireto, embora possa ensejar ao perito o exame indireto.”⁶

Portanto, em boa técnica, o chamado exame indireto só poderia valer como tal se, após a fala das testemunhas (prova oral), os peritos, examinando os depoimentos, pudessem, em laudo pericial (prova técnica) chegar a uma conclusão a respeito da evidência ou não da materialidade do crime.

Assim, *verbi gratia*, se a testemunha descrever a ferida que o ofendido sofreu em razão da agressão sofrida, os peritos, com base no depoimento da testemunha, poderão chegar a uma conclusão a respeito da evidência material do crime de lesões corporais.

Sem embargo de tal colocação da matéria, o Pretório Excelso, em mais de uma manifestação, atendo-se à letra da lei (art. 167, CPP), tem manifestado entendimento que nos crimes materiais, de conduta e resultado, desde que desaparecidos os vestígios, basta a prova testemunhal para suprir o auto de exame de corpo de delito direto. Refere-se, sempre, à prova testemunhal supletiva, sem alusão expressa à necessidade de perícia roborando o que a testemunha afirmou. (cf. RECrIm. 85.089, DJU, 19/11/76, p. 10033 e RHC 52.809, DJU, 17/10/74, p. 7670.)⁷

Na realidade, o legislador enredou-se em contradição; de um lado admitindo a prova testemunhal como capaz de suprir o exame direto (art. 167, CPP) ao passo que do outro repudiando a confissão como meio supletivo daquele mesmo exame (art. 158 do CPP). Ora, tanto a prova testemunhal como a confissão são espécies do gênero prova oral.

Por que estranha lógica adotou dois pesos e duas medidas?

Em que caso, então, se dará o exame indireto?

Segundo dispõe o art. 167, CPP, quando houverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhes a falta. Resta observar que o mesmo dispositivo alude, em seu proêmio, que “não sendo possível o exame de corpo de delito ...” Ora, tal colocação do legislador vem ao encontro do que ficou dito linhas acima no sentido de que a prova testemunhal, por si só, não é exame de corpo de delito. Se esta não fosse a intenção do legislador, incumbiria à lei dizer: “não sendo possível o exame de corpo de delito *direto*...” Só assim estaria explicada a dicotomia estabelecida no art. 158, onde se adota, de forma explícita, o exame direto e o indireto.

Vê-se, assim, que o legislador não primou pela boa técnica ao tratar do exame de corpo de delito nos dois dispositivos onde, de forma específica, dele se ocupou.

Quando caberia o exame indireto?

⁶ Helio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, vol. 02, pág. 732, Tomo II, José Konfino Editor, 1967.

⁷ Referências à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 140, Editora Saraiva, 1994.

Segundo dispõe o art. 167, do CPP, quando os vestígios desaparecerem é que o exame indireto tem lugar. Cabe, aqui, uma colocação que me parece oportuna: os vestígios a que se refere a lei processual são aqueles que *nunca* existiram, isto é, que jamais foram demonstrados nos autos do processo, bem como, aqueles que, embora pudessem ser apurados na época oportuna, por fás ou por nefas, não o foram. Ao exemplo: Tício agride a Caio, causando-lhe lesões corporais. O ofendido não comparece ao órgão competente para submeter-se ao devido exame direto. Indaga-se: tem incidência a regra do art. 167 da lei instrumental penal? Penso que sim. O exame indireto terá lugar muito embora pudesse ser realizado o direto caso o ofendido fosse submetido ao respectivo exame pericial. Portanto, *in casu*, a regra do art. 167 do CPP tem plena aplicação, quer a vítima tenha, desde logo, desaparecido, tomando rumo ignorado, e nunca tenha sido encontrada, quer tenha ela, por negligência ou outra razão qualquer, deixado de comparecer ao exame direto. Diga-se o mesmo em relação ao exame indireto de coisa. Esta pode nunca ter sido encontrada ou, embora localizável à época do fato, tenha, ao empós, desaparecido.

Outra questão que se põe relaciona-se com a prova testemunhal. O art. 167 alude à “prova testemunhal” sem fazer qualquer referência ao número de testemunhas. Assim, basta uma só testemunha para suprir a falta da prova material, desde que ela descreva, com exatidão, a natureza e a sede das lesões, caso se trate, por exemplo, de um crime de lesões corporais. Mas é preciso que seu depoimento seja, na medida do possível, suficientemente esclarecedor e preciso a respeito da prova material do crime. E a razão está em que se o art. 160 da lei processual básica exige que os peritos descrevam, minuciosamente, no laudo pericial, a coisa ou a pessoa examinada, é evidente que o depoimento da testemunha não pode ser vago ou com referências imprecisas a respeito da materialidade da infração penal.

Outra observação que se faz necessária em relação ao exame indireto decorre da circunstância de que nem sempre ele poderá ter aplicação. Suponha-se, por exemplo, uma acusação por porte de substância entorpecente em que o tóxico não tenha sido apreendido para o fim de ser submetido ao competente exame direto. Será muito difícil sustentar-se uma denúncia com base, apenas, na prova testemunhal, à falta do laudo de constatação exigido pela lei de tóxicos (art. 22, § 1º). Ela estaria fadada ao insucesso. E, *a fortiori*, eventual condenação que resultasse de tal ação penal seria, sem dúvida, temerária, ensejando pronta reforma por parte do segundo grau de jurisdição quando do julgamento do eventual apelo.

Aliás, tomando por base a mesma Lei Antitóxicos, há uma hipótese em que o exame de corpo de delito, direto ou indireto, torna-se despiciendo. Ela vem prevista no art. 14 da Lei 6.368/76 que cogita da associação criminosa, de forma reiterada ou não, de duas ou mais pessoas para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos artigos 12 e 13 da lei em questão. Trata-se, como sabido, de crime de perigo,

que independe de resultado. O Superior Tribunal de Justiça, examinando a questão, entendeu dispensável o exame de corpo de delito por tratar-se de infração penal que não deixa vestígios. (STJ, RT 698/402.)⁸

Ainda em tema do exame indireto, torna-se indispensável fazer reparo à opinião, sem dúvida respeitabilíssima, do ilustre Eduardo Espínola Filho. Com efeito, salienta o saudoso jurista que a testemunha, caso fique impedida de comparecer a juízo, tal fato, por si só, não inibe o Juiz de atender a esse depoimento quando o repute bastante para formar a sua convicção.⁹ Na verdade, como já ressaltado nestas linhas, a prova testemunhal integra a prova oral e, como tal, só vale na medida em que fique sujeita à jurisdicionalização. Em outras palavras: se o testemunho a respeito da materialidade do fato não demonstrar, em juízo, sob o crivo do contraditório, o vestígio sensível do fato criminoso de *nada* valerá como prova, ainda que, na fase extrajudicial, fosse satisfatório.

6. Chega-se, agora, ao ponto nodal de nosso estudo, qual seja o de determinar até que ponto a regra constante do art. 158 da lei processual básica tem sentido diante do sistema de persuasão racional. Como salientado, no início destas linhas (1, *supra*), o *thema* exige análise diante de um contexto em que nenhuma prova tem valor absoluto ou mais prestígio do que outra, tendo em conta que o Código dos anos 40 substituiu o critério da avaliação legal pelo da valoração motivada do Juiz. Dessa maneira, o Juiz encontra-se livre de amarras para decidir, ao contrário do que se dava no sistema da certeza legal.

Ora, o mandamento legal do art. 158 do CPP, ao tornar *indispensável* o exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, não podendo supri-lo, sequer, a confissão do acusado, afastou-se, sem sombra de dúvida, do sistema da livre convicção motivada, para constituir reminiscência inaceitável do superado sistema da certeza moral do legislador.

Já anotara tal absurdo o príncipe dos processualistas brasileiros, o saudoso professor *José Frederico Marques*, em seus preciosos *Elementos*.

Permito-me repetir suas sábias observações:

“Na verdade, fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo. Que isso ocorresse ao tempo da legislação do Império, ainda se compreende. Mas que ainda se consagre tal baboseira num

⁸ Referência à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça *apud As Nulidades no Processo Penal*, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, pág. 129, Malheiros Editores, 4ª Edição.

⁹ Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 02, pág. 465, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1965, Sexta Edição.

estatuto legal promulgado em 1941, eis o que não se pode explicar de maneira razoável.”¹⁰

Com efeito, ao lado da balbúrdia legislativa com que o assunto foi tratado na lei processual penal, como já assinalado (5, *supra*), o art. 158 do CPP, completando a série de desatinos do legislador, repete uma disposição peculiar ao sistema das provas legais, mas destituída de sentido no sistema da livre convicção motivada do Juiz. Aliás, o referido dispositivo deve ser conjugado com outros dois: os arts. 167 e 564, inciso III, letra “b” do mesmo Código. A conjugação desses três dispositivos constitui verdadeira excrescência que faz tábula rasa do sistema do livre convencimento e do princípio da verdade real. Isto significa, como salienta Frederico Marques, “que se o réu confessar o crime e a confissão vier corroborada por indícios, não pode ele ser julgado pois o processo está nulo por falta de exame de corpo de delito direto ou indireto.”¹¹

O absurdo da orientação seguida pelo Código atual já fora posto em relevo, mesmo ao tempo da legislação anterior, por *Costa Manso*, ao assinalar em passagem inspirada:

“Qual o efeito da falta ou da nulidade do auto de corpo de delito? Parece-me claro que esse documento não constitui uma formalidade essencial do processo. É simples meio de prova, que, como acima ficou dito, pode ser suprido por provas de outro gênero. A falta ou defeito do auto, portanto, deve dar lugar não a que o processo seja *anulado*, mas a que recorra o Juiz a outros elementos de convicção, e não os encontrando suficientes, declare *não provado* o crime.” (destaques meus)¹²

Aliás, desde que se examine, com cuidado, as diversas regras traçadas em nossa lei processual em matéria de perícia, ora versando sobre o *corpus criminis* ora tratando a respeito do *corpus instrumentorum*, vê-se, com facilidade, que a lei, embora proscrevendo o sistema da prova legal, especificou uma série de preceitos, descendo a minúcias desnecessárias próprias daquele regime mas perfeitamente desprezíveis dentro do sistema da persuasão racional. Basta ler os textos legais dos arts. 162, 168, 171 e 173 do CPP. É por tal razão que o insigne José Frederico Marques, examinando a matéria, critica, sem meias-palavras, “a técnica obsoleta do Código, que, nessa matéria de corpo de delito,

¹⁰ José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, pág. 365, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, 1961.

¹¹ José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, pág. 365, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, 1961.

¹² Costa Manso, *O Processo na Segunda Instância*, 1923, pág. 501, *apud op. cit.* de José Frederico Marques, pág. 365.

se mantém constantemente fiel ao princípio da prova legal contra cujos postulados, em outras passagens, investe decididamente.”¹³

Grande verdade!

Basta ler a “Exposição de Motivos” do CPP, no capítulo destinado às provas (VIII), onde está dito:

“O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da *certeza legal*...”

Como conciliar tal afirmação com os dispositivos legais que vimos examinando?

Como?

7. Se o mandamento legal do art. 158 do CPP é, sem dúvida, incompatível com o sistema da livre convicção motivada esposado pela nossa lei processual, resta indagar se ele, em face da nova ordem constitucional instaurada em 1988, guarda compatibilidade com a Lei Maior.

Recentemente a matéria veio à baila no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1.394-2-RN pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.¹⁴ O julgado em questão, de rara importância, não tem merecido o devido destaque, já que inova substancialmente em matéria da maior relevância para o processo penal, podendo, no futuro, uma vez consolidada tal jurisprudência, mudar, por completo, os rumos até aqui predominantes em sede jurisprudencial, em matéria de exame de corpo de delito.

Com efeito, ficou assinalado no aludido acórdão que a Constituição da República resguarda serem admitidas as provas que não forem proibidas por lei, ficando, assim, afetada a cláusula final do art. 158, CPP, de que a confissão não seria prova idônea para suprir a falta de exame de corpo de delito. Tudo que for lícito, *ipso facto*, servirá para projetar a verdade real.

O julgamento em tela envolve tema de grande repercussão e inova quando enfrenta a questão à luz da Constituição Federal de 1988.

Sustenta o voto do eminente Relator, acolhido à unanimidade, que o Código de Processo Penal, vigente desde 1942, foi promulgado à época da Carta Política de 1937, impondo-se, por tal razão, reelaborar a interpretação de seus dispositivos consoante a nova ordem constitucional.

Cita, em prol da posição sustentada, o moderno Código de Processo Penal português, que, em seu artigo 125, estabelece:

¹³ José Frederico Marques, *in op. cit.*, pág. 367.

¹⁴ Acórdão publicado na “Revista do Superior Tribunal de Justiça”, nº 55, de março de 1994, págs. 67/70.

Ementa publicada no “Boletim da Procuradoria-Geral de Justiça” do Rio de Janeiro (nº 02 – abril-junho - 1995).

“São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.”

- E pasmem! - invoca a palavra de *Mittermayer*, em doutrina mais que centenária, onde o pioneiro no estudo das provas no processo penal ensinava que “o corpo de delito pode muito bem ser provado pela confissão do indiciado.”

Portanto, somente um Código sem técnica e sem sistema como o nosso, é que vale registrar que o Código de Processo Civil, de técnica mais refinada, estabelece que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos...” (art. 332).

Assim, por simples integração analógica extraída do diploma processual civil (art. 3º, CPP), seria possível vislumbrar-se o absurdo lógico da limitação constante do art. 158.

Agora, no entanto, diante da nova ordem constitucional, parece-me que o assunto não comporta tergiversação.

Na realidade, estabelece o art. 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

É preciso que se entenda, desde logo, que prova ilícita, na linguagem da Constituição Federal, abrange, também, as provas ilegítimas, pois toda prova ilícita é ilegítima; a recíproca, porém, não é verdadeira. Ambas são provas ilegais, mas enquanto as primeiras (provas ilícitas) importam em violação do direito material, as provas ilegítimas violam leis processuais. Assim, por exemplo, uma confissão obtida mediante tortura seria uma prova ilícita, por violar a Constituição Federal (art. 5º, III) e, da mesma forma, o Código Penal (art. 146). Já em se tratando de prova ilegítima a única sanção decorrente da sua produção será a nulidade do ato. Suponha-se que um réu menor tenha sido interrogado em juízo sem a presença de curador. Tal prova seria ilegítima nos termos do art. 194 c/c 564, inciso III, letra “c”, CPP. A prova ilegítima pode convalidar-se nos casos em que a lei admite (arts. 571 e 572, CPP). Já uma prova obtida por meio ilícito jamais será admitida no processo.

Ora, se a confissão é meio de prova legítimo, pois contemplada expressamente na lei processual (art. 197 a 200, CPP), por que não poderia ela suprir o exame de corpo de delito?

Por quê?

8. A recente Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dando um passo à frente e libertando-se de velharias absurdas, estabelece, em seu art. 77, § 1º, que o Ministério Público, para o oferecimento da denúncia, não dependerá do exame de corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim de socorro médico ou prova equivalente.

Faltou coragem ao legislador para dizer que igual regra deve presidir o julgamento do feito criminal. Tal omissão levou a que doutrinadores do porte de *Ada Pellegrini Grinover*, *Antonio Magalhães Gomes Filho*, *Antonio Scarance Fernandes* e *Luiz Flavio Gomes* limitassem a dispensa da prova pericial comprobatória da materialidade delitiva ao momento do oferecimento da acusação, salientando que os arts. 158 e 564, III, “b”, CPP não estão revogados, devendo o Ministério Público providenciar a juntada do laudo aos autos antes da sentença final.¹⁵

Não me parece assim. Se a Lei 9.099/95 orientou-se pelo princípio da *informalidade* (art. 62) e se, em relação a ela, aplicam-se *subsidiariamente* as disposições do Código Penal e do *Processo Penal* (art. 92), no que não forem incompatíveis com a mesma, não vejo qualquer razão, para tal afirmação, diante de tudo que ficou exposto em relação ao exame de corpo de delito no Código de Processo Penal. Aliás, se o princípio é o da informalidade, por que deveria o Juiz deixar de lado a prova da materialidade somente porque em relação a ela não veio ao processo laudo técnico? Suponha-se que, em um acidente de trânsito, o ofendido, por qualquer motivo, não tenha comparecido ao competente exame de corpo de delito em estabelecimento oficial, mas que exista nos autos, prova inequívoca das lesões por ele sofridas no desastre através de boletim de socorro médico do hospital onde foi socorrido. Por que exigir-se, na fase da sentença, o laudo oficial para a prova da materialidade, pena de nulidade?

Tal posicionamento, à toda evidência, não se concilia com a informalidade que a Lei 9.099/95 teve em mira resguardar.

9. Se o sistema de prova adotado em nosso Código de Processo Penal é o da livre convicção motivada, é chegado o momento de dar um basta a certas normas que só impedem a busca da verdade real. As linhas aqui traçadas não alimentam outra pretensão que não seja a de dimensionar o exame de corpo de delito dentro do sistema de provas em que ele se encontra inserido (1, *supra*).

Não se vislumbre nessas despreziosas observações, o intuito de minimizar o exame de corpo de delito. Trata-se, ao revés, de perícia da maior relevância no objetivo de demonstrar o elemento material da infração penal e que, *sempre que possível*, deve ser realizada. Porém, o que se pretendeu dizer é que sua indispensabilidade é um mito destituído de sentido técnico no processo penal moderno.

¹⁵ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flavio Gomes, *Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*, pág. 142, Editora Revista dos Tribunais.

O arquivamento no projeto de reforma do Código de Processo Penal¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Encontra-se em fase de elaboração legislativa o Projeto de Lei do Senado de nº 156, de 2009, proveniente dos trabalhos da Comissão Mista de Juristas criada pelo requerimento de nº 227, de 2008. O Anteprojeto viu-se elaborado por um Colegiado coordenado pelo Ministro HAMILTON CARVALHIDO, contando como relator-geral o Dr. EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA².

2. O arquivamento, objeto de nosso ensaio, vem regulado no Livro I, Título II, Capítulo III, Seção VII (art. 37 a art. 40). A “Exposição de Motivos” do Projeto ressalta, com inteira propriedade, a incompatibilidade existente entre os modelos normativos do atual CPP e da Constituição Federal de 1988. Tal estado de coisas motivou os sucessivos remendos que o vetusto Código dos anos 40 vem passando de molde ajustá-lo à Lei Maior, acabando por transformá-lo em verdadeira colcha de retalhos, dada a manifesta, inquestionável e visceral incompatibilidade dos dois textos. Tudo isso em razão das diversas reformas setoriais que ocorreram em nossa lei instrumental penal nos últimos anos. Com efeito, com a adoção do princípio acusatório, vedando a atividade do juiz na fase de investigação, o Projeto nada mais fez que preservar, ao máximo, a isenção do magistrado. Não se concebe, assim, na fase do inquérito policial, em um sistema dito acusatório, dispositivos como os arts. 5, II, proêmio, 10 § 1º e 13, II, primeira parte, aqui mencionados de forma meramente exemplificativa.

Nesse passo, o Ministério Público do Rio de Janeiro foi pioneiro ao criar as “Centrais de Inquérito”, tão logo entrou em vigor a nova Carta Magna, reservando-se ao juiz a prática de atos essencialmente jurisdicionais, tais como as cautelares pessoais e reais, o recebimento da denúncia ou a intervenção para fazer cessar qualquer ilegalidade, ao afastar, dessa maneira, o magistrado da prática de atos de investigação na fase pré-processual. Juiz, como tantas vezes já escrevi, julga e quem julga não deve investigar. É isto o que faz o Projeto ao determinar que a persecução penal, nesta fase, não guarda qualquer vínculo com a atividade jurisdicional. Nesse ponto, a “Exposição de Motivos” do Projeto revela-se peremptória ao

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 36, p. 159-169, abr./jun. 2010.

² Compunham a Comissão Mista de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de CPP, além do Ministro Hamilton Carvalhido e do Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, os Drs. Antônio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

afirmar que “não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão de acusação pelo juiz do processo” (item II).

3. Coerente com o perfil acusatório, segundo qual a investigação não se dirige ao Judiciário, escapando, por isso mesmo, ao controle judicial, ressalvados, repita-se até a náusea, os casos em que o ato a ser praticado reveste caráter *essencialmente jurisdicional*, o arquivamento deixou de sofrer controle por parte do juiz, ao contrário do que ocorre com o defeituoso e pouco técnico art. 28 do Código em vigor. O mando do arquivamento ou das peças de informação, agora, passará a ser exercido no âmbito exclusivo do *Parquet*. É certo que, sempre, haverá a possibilidade de controle externo por parte da vítima que passa a ter legitimidade para questionar sobre o acerto da medida, providência, sem dúvida, salutar. Resta de pé, como não poderia deixar de ocorrer, a ação penal subsidiária, de iniciativa privada, que encontra matiz constitucional (art. 5º, LIX), mas que só terá aplicação, como se impõe, nos casos de inércia do órgão do Ministério Público. Em ocorrendo a omissão do *Parquet*, a vítima adquire legitimidade extraordinária para agir. Caso tal não se dê, isto é, se o Ministério Público, no prazo legal, vier a determinar o arquivamento, a titularidade deve permanecer em suas mãos, pois que o órgão da acusação, legitimado ordinário para o exercício da ação penal pública, formou um juízo negativo sobre a acusação.

São, pois, duas situações processuais diversas. Na última hipótese não houve omissão do *Parquet* mas um *non facere*.

Nesse passo, faz-se mister destacar que o Projeto, em muito, se aproxima do “Anteprojetado Grinover”, voltado para a Investigação Policial³.

4. O art. 37 que abre a Seção VII, do Capítulo III, do Título II, do Livro I, do CPP, que se ocupa do Inquérito Policial, coerente com tudo aquilo que restou afirmado, estabelece que compete ao Ministério Público *determinar* o arquivamento do inquérito policial, em primeiro lugar, caso haja “insuficiência de elementos de convicção”. Em tal ocorrência, o texto, quero crer, está a referir-se à falta de suporte probatório mínimo a exigir o arquivamento. É modalidade de arquivamento que poderá ser revista desde que surjam novos elementos informativos que venham a constituir “prova nova”. No momento, impõe-se fazer uma distinção: o art. 39 permite que a mera notícia de outros elementos de informação venha a ensejar diligências por parte da autoridade policial, agindo de ofício ou mediante requisição do Ministério Público. Isto ainda não consubstancia o desarquivamento. Para que o inquérito policial venha a ser desarquivado, torna-se necessário que ocorra mudança *substancial* em relação ao que antes fora apurado. Nesse ponto encontra ainda plena aplicação a Súmula de nº 524 do STF, no que respeita à parte em comento, dela escoimando-se, naturalmente, aquilo que não mais pode ter lugar de acordo com o Projeto.

³ Caso haja interesse, consulte-se meu ensaio sobre o *thema* na “Revista Jurídica”, da “Escola Superior do Ministério Público de São Paulo”, Ano I, nº 1, (Jan-Jun de 2001), pp.103 e seguintes.

Prova nova, como sabido, é aquela que era desconhecida até então ou que, embora conhecida, por razões diversas, não pode ser produzida no momento oportuno. Mas não é só; pode ocorrer que haja mera reviravolta na prova até então colhida. Explico-me de forma mais nítida: uma testemunha, por exemplo, muda, por completo, seu depoimento, incriminando o investigado ou ainda surgem evidências de que o arquivamento decorreu de uma falsa perícia.

Na ocasião, impõe-se esclarecer que o vocábulo prova está aqui sendo empregado em sentido pouco técnico, obediente aos dizeres da Súmula de nº 524 do STF. Na verdade, na fase pré-processual não há falar em prova mas apenas na colheita de dados. Prova é aquela produzida em juízo com as garantias asseguradas pela Constituição. Mesmo as “provas” ditas irrepetíveis são ou poderão ser discutidas, sempre em juízo, por ocasião do processo, acarretando sua reapreciação. É a chamada prova diferida.

Há moderna corrente doutrinária que identifica a “justa causa” com a falta de suporte fático para que a acusação seja formulada, motivando o arquivamento. Para mim, trata-se de mera superfetação no trato das condições da ação, pois justa causa nada mais é que um conceito válvula, abrangente de todas as hipóteses cuja falta pode motivar a carência de ação⁴.

5. Além da falta de suporte fático, podem motivar o arquivamento “outras razões de direito”. Que razões dariam azo para a rejeição da inicial?

Valho-me, agora, do art. 253, onde o Projeto indica as causas que motivam o indeferimento liminar da peça acusatória.

6. Resta examinar, então, quais seriam as “outras razões de direito” que ensejariam o arquivamento (art. 37).

A primeira motivação volta-se para a “falta de interesse por superveniência provável de prescrição” (art. 253, II). Nos casos de ação penal pública o interesse de agir do Ministério Público é presumido (art. 129, I da CF), em razão do princípio da legalidade⁵. No caso concreto em que se torne inviável a aplicação da lei penal pela *provável* superveniência da prescrição, há, no meu entendimento, certa mitigação da obrigatoriedade, pois, no momento em que a ação penal seria proposta, a extinção da punibilidade ainda não havia ocorrido. É preciso, no entanto, que haja *probabilidade* da ocorrência da prescrição, devendo, em caso de dúvida, ser ajuizada a ação. A mera possibilidade da ocorrência da prescrição não é motivo para o arquivamento. O art. 37 faz referência a circunstâncias objetivas e subjetivas que irão orientar a fixação da pena. Volta-se, segundo entendo, ao tipo penal violado, à ocorrência de prováveis atenuantes, às causas que irão acarretar a diminuição da pena, aos antecedentes e à primariedade

⁴ Remetemos o leitor, ainda uma vez mais, ao trabalho referido em o nº 2 destas notas, pp. 103 e seguintes.

⁵ Veja-se sobre o assunto meu estudo “Breves anotações sobre o interesse de agir no processo penal”, in “Lições de Direito”, pp. 213 e seguintes, UniverCidade Editora, Rio de Janeiro, 2005.

ou não do investigado, tudo a indicar que a eventual pena em concreto, se aplicada, levará, fatalmente, à extinção da punibilidade do fato. Não se trata, pois, de um mero exercício de futurologia, mas sim de uma cuidadosa análise de uma série de fatores que irão conduzir ao arquivamento.

A prescrição antecipada sempre sofreu severas críticas, quer da doutrina, quer da jurisprudência, não podendo o juiz sobre ela se manifestar antes da sentença por mera adoção do princípio retroativo. Tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo não a admitiam⁶.

Agora, no entanto, passará a ser lei, rendendo ensejo ao arquivamento. O objetivo do Projeto, quero crer, foi o de desafogar o foro de incontável número de feitos que nasciam fadados ao insucesso pela ocorrência *provável* da prescrição.

Faz-se necessário, repito, que ocorra a *probabilidade* da prescrição e não a mera possibilidade de sua superveniência.

Caso a ação penal venha a ser proposta em tais circunstâncias, caberá ao juiz indeferir a peça acusatória liminarmente (art. 253, II).

Requer-se, em tal modalidade de arquivamento, especial cuidado da parte do Ministério Público e do Magistrado, cada um a seu tempo, na aplicação da regra do art. 253, II do CPP, evitando-se abusos que possam advir, ao malferir o princípio da obrigatoriedade, gerando a impunidade.

Observe-se, por fim, que na consolidação dos enunciados das Assessorias da Procuradoria-Geral da Justiça – RJ e dos Centros de Apoio Operacional, na parte relativa aos enunciados da Assessoria Criminal, já consta o de nº 4, com o seguinte verbete:

“É admissível o arquivamento do inquérito policial com base na falta do interesse de agir, na hipótese de prescrição pela pena ideal ou prescrição antecipada”.

Portanto, o Ministério Público do Rio de Janeiro já se opôs de acordo com os termos do Projeto.

7. Mas há outras razões de direito que motivam o arquivamento além da falta de interesse na ação penal pela provável superveniência da prescrição. Tal se dá quando ausentes, em exame liminar, quaisquer das condições da ação ou ainda dos pressupostos processuais (art. 253, III).

⁶ No sentido de que não pode o tribunal declarar extinta a punibilidade pela aplicação do princípio retroativo, nem o juiz antes da sentença pela prescrição antecipada, veja-se farta jurisprudência, incluindo-se a do STJ RHC 2.926, 6ª Turma, D.J.U. 28.2.94, p. 2.916, e a do STF, RT, 639/389, in “Código Penal Comentado”, Jesus, Damásio E., p. 359, “Editora Saraiva”, 2002, 13ª edição.

O conceito de condição da ação ou de pressuposto processual é auferido na doutrina. O código dos anos 40 deu preferência a uma definição concreta das causas de rejeição da inicial de acusação (art. 43). Assim elas se dariam quando o fato narrado evidentemente não constituísse crime (*rectius*, infração penal) (I), quando já estivesse extinta a punibilidade (II) ou quando fosse manifesta a ilegitimidade de parte (ativa ou passiva) (III). Em tais hipóteses haveria carência de ação, por falta de condição genérica. Ao lado delas, havia as chamadas condições de procedibilidade, também motivadoras do indeferimento da inicial (art. 43, III, parte final, do CPP). Estas, porém, reversíveis quanto aos seus efeitos. Agora, a petição inicial também merecerá rejeição quando, *prima facie*, verifica-se a falta de pressuposto processual. No regime anterior, de acordo com o sistema adotado, a falta de pressuposto processual acarretava a nulidade do processo (art. 564), não impedindo, necessariamente, pois, a renovação do feito criminal, conforme o caso.

Cumprir observar, no entanto, que nem sempre a falta de um pressuposto processual é motivo para que a exordial de acusação venha a ser rejeitada. É o caso típico da incompetência; em ocorrendo aquela situação processual, caberá ao juiz remeter o feito ao juiz que entender competente, dando margem a que este, caso não aceite a sua competência, suscite o conflito negativo respectivo (art. 123 a art. 127).

Pode ocorrer, ainda, que, antes do oferecimento da denúncia, tenha lugar o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público (art. 35, III). Caso tal situação venha a ter lugar, a decisão se dará no âmbito do *Parquet* e, até que a atribuição venha a ser definida, a ação penal não poderá ser proposta. Entre nós (MPRJ), compete ao Procurador-Geral de Justiça dirimir os conflitos de atribuições, determinando o órgão do MP que deva officiar no feito (art. 11, XVI, da Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003 - LOMPERJ).

É preciso ter em conta que a atribuição é pressuposto processual de validade da instância, sendo, pois, louvável que o Projeto dela se tenha ocupado, tratando-a como matéria processual, como sempre defendemos de longa data⁷, ao deixar de relegá-la às diversas leis orgânicas do *Parquet*⁸.

8. Quando do arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público sofrerá, como é salutar, controle

⁷ Cf. “Reflexos da falta de atribuição na instância penal”, separata da “Revista Forense”, volume 269, estudo doutrinário em que examinei, ainda na década de 70, a natureza jurídica da atribuição e o conceito de “Promotor Legal”.

⁸ Já assinalamos, faz muito: “Matéria de índole tipicamente processual, é estranhável que o nosso Código dela não se tenha ocupado, ficando o tema relegado para leis orgânicas estaduais de regulamentação da atividade do Ministério Público, pois os reflexos da decisão do conflito de atribuições, como será visto, nem sempre se encerram na esfera puramente administrativa mas podem interferir com a competência dos juízes, criando uma zona cinzenta que está a exigir tratamento processual adequado. Apontamentos sobre o conflito de atribuições”, in “Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”, nº 03, 1976, pp. 43 e seguintes.

externo em relação à sua decisão. Assim, ficará obrigado a comunicar à vítima ou a seu representante legal a notícia do arquivamento. Em relação à vítima constitui direito seu “ser comunicada do eventual arquivamento da investigação para efeito do disposto no art. 38 parágrafo primeiro” (art. 89, inciso V, letra “c”).

É que a vítima ou seu representante legal, caso não venha a pôr-se de acordo com o arquivamento, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme venha a dispor a respectiva lei orgânica. Trata-se de prazo processual, aplicando-se, pois, a regra do “*dies a quo non computatur*”, contando-se, porém, o do vencimento. Cogita-se de um recurso hierárquico para a instância de revisão do próprio Ministério Público.

A vítima tem interesse moral e, eventualmente, material em recorrer, pois poderá vir a intervir como assistente (art. 75 a art. 78) e mesmo como parte civil (art. 79 a art. 82) caso a ação penal venha a ser proposta. Elogiável, sem dúvida, o eventual controle externo que a vítima possa exercer, afastando o juiz de qualquer ingerência na fase pré-processual.

9. O investigado, da mesma forma, será comunicado da providência. Houve, talvez, cuidado em excesso na determinação do art. 38, uma vez que tal comunicação só deveria ter lugar caso o investigado já estivesse na condição jurídica de “indiciado” (art. 31). É certo que o investigado pode, em princípio, ter interesse futuro em ver processado o acusador que, agindo de má-fé, deu causa à investigação, praticando, assim, os crimes contra a administração da justiça cogitados nos arts. 339 e 340 do CP. Daí a compreensível providência do legislador.

10. A autoridade policial, da mesma forma, será comunicada, pois subsiste para ela o dever jurídico de investigar, caso surjam, “outros elementos informativos” (art. 39), ainda que não venha a lograr êxito na empreitada.

Em tal medida não se cogita, evidentemente, de controle externo de arquivamento, que se efetiva, como visto, pela intervenção da vítima. Trata-se, apenas, de mera informação, voltada para a autoridade policial, tendo em conta eventuais e futuras investigações que possam vir a ser efetuadas pela polícia na hipótese do aparecimento de novos dados, pois, é bom assinalar, que ela pode, em tal circunstância, agir de ofício (art. 39).

11. Outra forma de controle externo de arquivamento vem destacada no art. 38, parágrafo segundo. Tal ocorre nos crimes praticados em detrimento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, quando vítimas de crime. A revisão do arquivamento do inquérito policial naquelas infrações penais poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Anote-se, aqui, que o controle externo é mais amplo do que aquele exercido pela vítima comum. Esta tem o prazo de 30 (trinta) dias para submeter a matéria à revisão da instância superior do Ministério Público (art. 38, § 1º); já na hipótese prevista no

parágrafo segundo do art. 38 a lei não especificou prazo para a revisão, podendo, assim, ser ela pedida enquanto a punibilidade não estiver extinta.

Observe-se que o prazo de 30 (trinta) dias não consta do *caput* do art. 38 mas apenas do seu parágrafo primeiro, não vinculando, em consequência, o parágrafo segundo do artigo em questão. A lei protege, destarte, de forma mais ampla, o Poder Público.

12. Qual órgão do Ministério Público officiará como instância de revisão?

O Projeto não especifica, no âmbito do Ministério Público, o órgão dotado de atribuição para decidir a respeito do arquivamento impugnado. Relega, apenas, à “instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica”. (art. 38, parágrafo primeiro).

Averbe-se, por importante, que mesmo que não ocorra provocação da vítima (casos dos parágrafos primeiro e segundo), caberá ao órgão do Ministério Público que determinou o arquivamento, comunicar sua decisão à instância de revisão do próprio *Parquet*, “na forma da lei” (art. 38). O parágrafo primeiro do art. 38 foi, nesse passo, mais explícito, ao dizer “conforme dispuser a respectiva lei orgânica”.

A Lei Orgânica do *Parquet* fluminense estabelece que compete ao Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para “oferecer denúncia” nas hipóteses de “não confirmação de arquivamento de inquérito policial”, “bem como de quaisquer peças de informação” (art. 11, XIII, “a” da L.C. 106, de 03-01-2003). Nada impede, evidentemente, que o próprio chefe da Instituição venha a propor a ação penal. Porém, é inusual que assim proceda. Obraria melhor nossa Lei Orgânica caso houvesse usado o verbo delegar ao invés de designar, pois, em razão do princípio da autonomia funcional, o caso é de delegação.

O Código dos anos 40 dispunha, no art. 28, que, ao Procurador-Geral incumbia dar a última palavra sobre o arquivamento, *quando provocado pelo juiz*. O controle da observância do princípio da obrigatoriedade era, assim, exercido pelo magistrado, providência incompatível com sistema acusatório e o com princípio da inércia.

Nada impedia que o próprio Projeto tivesse indicado o órgão dotado de atribuição para a providência revisional. Ao revés, preferiu deixar a medida ao órgão ministerial, “conforme dispuser a respectiva lei orgânica” (art. 38, parágrafo primeiro).

Observe-se, outrossim, que, de qualquer forma, haverá a possibilidade de revisão, seja ela provocada pela vítima, seja ela comunicada pelo próprio órgão do Ministério Público que promoveu o arquivamento, tornando, assim, mais amplo o controle do princípio da legalidade.

O anteprojeto Grinover, elaborado por expressivo número de juristas, presidido pela professora ADA PELLEGRINI GRINOVER⁹, fazia referência ao “órgão superior

⁹ Integravam a referida Comissão, além da professora Ada Pellegrini Grinover, os professores Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel

do Ministério Público” como sendo o competente para homologar ou rejeitar a promoção de arquivamento, mediante deliberação.

Da mesma forma, não especificava qual seria o órgão superior do Ministério Público que gozaria de atribuição para aquela medida. Como não fazia referência à Lei Orgânica respectiva, dava ensejo a que a revisão pudesse ser levada a efeito pelo Conselho Superior do Ministério Público, pelo Colégio de Procuradores de Justiça (ou, onde houver, pelo seu Órgão Especial), pelo próprio Procurador-Geral ou por um colegiado dotado de atribuição específica para funcionar como órgão revisional, sendo esta última a providência a que me parecia mais adequada¹⁰. Nesta última hipótese seriam criadas tantas câmaras de revisão quantas se fizessem necessárias para atender à demanda de arquivamentos. Tais colegiados seriam integrados por 3 (três) Procuradores de Justiça, cabendo ao mais antigo na classe a sua presidência. A deliberação se daria por maioria de votos. Estou, aqui, a referir-me ao *Parquet* estadual, e, de modo especial, ao do nosso Estado (RJ).

13. Nos casos de atribuição originária, a revisão ou a homologação do arquivamento ficará a cargo do Colégio de Procuradores de Justiça, nos termos do art. 12, XI da Lei 8625, de 12-II-1993 (LONMP) ou do seu Órgão Especial, onde se fizer presente. No caso, caberá à vítima dirigir o recurso de revisão para este último Colegiado.

14. Os atos de controle externo, em si, são valiosos, se bem usados. Mas impõe-se o cuidado para que não se transformem em manifestação de vingança ou em perseguição imotivada, criando-se a partir daí um indevido contraditório na fase de pura investigação.

Outro aspecto a ser considerado consiste no fato de que a vítima (quando particular) terá que constituir advogado para confrontar o arquivamento, mesmo que ele esteja fundado somente em matéria de fato. Caso a medida encontre base unicamente em questão de direito, não resta a menor dúvida que, *a fortiori*, a assistência jurídica para a vítima torna-se indispensável, pois o recurso terá, em qualquer caso, que ser fundamentado. Da mesma forma que o arquivamento, necessariamente, exige-se do advogado o enfrentamento das razões apresentadas pelo Ministério Público para não promover o ajuizamento da ação penal. Caso contrário, não haveria a paridade de armas no exame do tema a ser apreciado, restando a vítima desprotegida. Quando o arquivamento se der nos crimes praticados em detrimento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, portanto vítimas da infração penal praticada, as razões serão apresentadas por sua representação judicial.

15. O investigado poderá recorrer contra o arquivamento?

A lei manda que ele seja cientificado da medida (art. 38). Porém, ao cogitar dos recursos possíveis que submetem a matéria à revisão da instância competente, ocupa-se

Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rogério Lauria Tucci, Sidnei Beneti, René Ariel Dotti e Rui Stocco.

¹⁰ *Apud op. cit. in* nº 02, destas notas, pp. 103 e seguintes.

somente da vítima (art. 38, parágrafos primeiro e segundo). Houve da parte do legislador um silêncio eloquente, partindo do princípio de que o investigado não sucumbiu, embora, em tese, houvesse interesse seu na reforma dos fundamentos legais que motivaram o arquivamento. Portanto, incabível qualquer reação sua contra a providência.

Resta de pé a indagação: qual motivo justifica a comunicação a que alude o art. 38?

Quero crer que ela encontra sua razão de ser no art. 40, embora a incumbência das providências ali indicadas esteja afetada ao Ministério Público. Seria uma forma de o investigado tomar conhecimento se todas aquelas providências acauteladoras e administrativas foram tomadas. Há, também, o aspecto moral, pois o mesmo Estado, que iniciou a investigação, está agora comunicando ao mero investigado, mesmo que não tenha chegado sequer a ser indiciado, que não encontrou elementos para ajuizar a ação penal. Outras razões estão indicadas ao final do item 9, *supra*. Com maior razão, o indiciado, igualmente, será cientificado destas últimas medidas.

16. O art. 39 não traz qualquer novidade. Todo o arquivamento é, de comum, provisório. Desde que haja notícia de outros elementos informativos, a autoridade policial deverá proceder a novas diligências, agindo de ofício ou mediante requisição do próprio Ministério Público. Tais diligências, caso revelem *fato novo* capaz de alterar *substancialmente* os elementos de informação que constavam do inquérito arquivado, poderão dar azo ao ajuizamento da ação penal. Somente não serão cabíveis novas diligências caso, *evidentemente*, haja ocorrido a extinção da punibilidade do fato. A regra do art. 39, já constava do Código de 41 (art. 18), embora a atual, do Projeto, seja, do ponto de vista técnico, mais completa.

17. Encerra a Seção VII, do Capítulo III, do Título II, do Livro I do Projeto, o art. 40, voltado para providências de natureza administrativa que devem ser tomadas, uma vez ultimado o arquivamento. Tal se dá nas investigações em que o juiz das garantias é chamado a intervir (art. 15). A primeira delas refere-se ao arquivamento propriamente dito (art. 35, IV c/c 15 e 40), ao passo que a segunda terá lugar quando o órgão do Ministério Público declinar de sua atribuição (art. 35, III c/c 15 e 40) para officiar na causa. Em ocorrendo uma daquelas hipóteses o juiz das garantias será comunicado pelo Ministério Público “para baixa dos procedimentos e respectivos registros na instância judiciária.”

O juiz das garantias constitui uma novidade do Projeto. Segundo explicita a “Exposição de Motivos”, “será (ele) o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra assentada no texto constitucional exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais” (item III). Através dele será possível manter o distanciamento do juiz do processo que irá decidir o mérito. Parece-me que tais funções já são exercidas, na atualidade, pelo chamado juiz de plantão, que, apenas, poderia ter suas atribuições ampliadas, se necessário. Demais disso, vislumbro dificuldades para a sua criação nas

pequenas comarcas. Pode ser que esteja equivocado e que a medida venha a render bons frutos. É o que todos desejamos.

De qualquer maneira, o Ministério Público deverá comunicar-lhe não somente o arquivamento do inquérito respectivo bem como a ocorrência da declinatória de atribuição por parte do órgão do *Parquet* atuante no feito (que, em princípio, poderá acarretar uma série de desdobramentos futuros), para efeito das anotações e controle indicados ao final do art. 40.

Assim, como o juiz das garantias deverá ser informado da abertura do inquérito policial (art. 15, IV), ele, da mesma forma, terá que ter ciência do seu encerramento ou de eventuais providências que possam a vir a refletir no seu acompanhamento (art. 40).

É certo que algumas das medidas a que se refere o art. 15 “arranham”, de certa forma, o sistema acusatório. Não estou a referir-me às cautelares típicas, mas a outras iniciativas que poderiam e deveriam ser providenciadas pelo próprio Ministério Público, como, v.g., aquela indicada no art. 15, X.

18. Pode-se afirmar que o Projeto, no seu todo, em matéria de arquivamento, resguarda o sistema acusatório, o que, sem dúvida, é louvável. Aproxima-se, nesse passo, do anteprojecto sobre a investigação policial concebido pela “Comissão de Reforma do Código de Processo Penal” (“Anteprojecto Grinover”)¹¹. Bem se concebe que a via adotada pelo Projeto vem ao encontro de tudo o que tenho sustentado, nos últimos anos, particularmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no sentido do princípio acusatório. Após incontáveis vaivens, vejo que o Projeto, por fim, conforta aquela tese, pelo menos em sede de arquivamento.

Dessa maneira, o controle do arquivamento se dará, integralmente, no âmbito do Ministério Público. Porém, como é próprio de um regime democrático, assegure-se à vítima e ao suspeito (investigado ou indiciado) uma participação maior na fase investigatória. Trata-se de modalidade de controle externo por parte dos sujeitos da relação de direito material até então não experimentada em nossa legislação processual.

Outro ponto relevante do Projeto reside na referência expressa feita à atribuição do Ministério Público (art. 35, III) até então relegada às diversas leis orgânicas do *Parquet*. Desde o momento em que o juiz ficará afastado do arquivamento, a menção à atribuição, agora prevista na lei processual, torna-se inafastável, pois que aquela medida se exaure no campo exclusivo do Ministério Público.

17-1-2010.

¹¹ Pedimos licença, novamente, para remeter o leitor ao nosso estudo referido no item 02 destas notas de rodapé.

Alguns pontos ao art. 28 do Código de Processo Penal¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Cantado em prosa e verso, pode-se afirmar, sem sombra de erro, que o art. 28 do Código de Processo Penal é pau para toda obra, pois seu âmbito de incidência transcende, de muito, os limites daquele Código, invocado que é, com frequência, em diversas situações jurídicas envolvendo questões de Ministério Público. Com efeito, ele é chamado como solução, pela via analógica, para diversas matérias que, sem o seu concurso, acabariam por não encontrar deslinde, criando impasse intransponível para o bom andamento dos processos em geral e para a atuação do próprio Ministério Público no particular.

2. Aqui e agora, vou deter-me no exame de alguns aspectos daquele dispositivo que exigem especial meditação, principalmente após o advento da Carta Política de 1988.

3. O primeiro deles relaciona-se com a função anômala exercida pelo juiz no controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Está dito na lei que, se o juiz considerar improcedentes as razões invocadas pelo órgão do Ministério Público para requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, remeterá, conforme o caso, um daqueles procedimentos ao Procurador-Geral. Paremos por aí, no momento.

Cabe, desde logo, a seguinte indagação: pode o juiz, diante do princípio acusatório consagrado na Constituição Federal, continuar exercendo tal função judiciária em sentido estrito (portanto, não jurisdicional)?

Desde que se admita como acertada tal conduta processual, o magistrado, que assim venha a proceder, poderá permanecer no processo exercendo jurisdição na ação penal que, porventura, se origine em razão do acolhimento, pelo Procurador-Geral, dos motivos invocados pelo juiz? É a segunda pergunta que me cabe fazer, até aqui.

Parto da premissa segundo a qual a Carta Magna em vigor adotou o princípio acusatório², e, como tal, se as palavras significam alguma coisa, não mais incumbe ao juiz exercer qualquer ato de persecução criminal, quer na fase pré-processual (caso em exame), quer no curso da ação penal.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 17, p. 221-228, jan./jun. 2003.

² Esta é a posição que sustentamos em nosso estudo, "A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia", in *Processo Penal - Reflexões*, pp. 127 e seguintes, Editora Lumen Juris, 2002.

Na fase que antecede o início da ação penal, a intervenção judicial só encontra justificção no exercício de função jurisdicional típica, quando então o juiz – e só ele – é chamado a decidir qualquer medida cautelar de natureza pessoal ou real, envolvendo a garantia de direitos subjetivos assegurados pela Lei Maior. Assim, *v.g.*, quando o juiz decreta uma prisão preventiva ou, ainda, na ocasião em que ordena o arresto dos bens do indiciado, ele estará exercendo atos de jurisdição, e, portanto, legítima e indispensável sua intervenção.

O Anteprojeto de Código de Processo Penal, de técnica bem mais apurada, pelo menos neste aspecto, que o Código em vigor, pôs-se em compasso com a Constituição Federal, resguardando o sistema acusatório em toda a sua plenitude. Com efeito, ao regular a “Investigação Policial”, a disciplina do arquivamento sofre radical mudança. Examinando a inovação, tive a ocasião de aplaudi-la, salientando o acerto da medida consistente em afastar a figura do juiz da fase de investigação penal. A promoção de arquivamento passará a ser controlada por “órgão superior do Ministério Público” para homologação ou não da providência. Afasta-se, também, o Procurador-Geral como única autoridade a dar a palavra final em matéria de arquivamento, o que, sem dúvida, é solução mais técnica e salutar, quer sob o aspecto processual, quer sob o aspecto institucional. É certo que o Anteprojeto não define a composição do “órgão superior”, o que, talvez, não tenha sido boa opção. Faz-se mister destacar que o Anteprojeto, na verdade, adaptou ao processo penal o regime seguido, há longa data e com pleno sucesso, no arquivamento do inquérito civil cogitado na Lei de Ação Civil Pública (art. 9º da Lei 7347, de 24/07/85). No estudo em que examinei o arquivamento, tal como preconizado no regime previsto pelo Anteprojeto, embora, no geral, tenha aplaudido o afastamento do juiz da fase preliminar de investigação, guardando, nesse passo, perfeita consonância com o sistema acusatório, engendrei algumas propostas para que a fórmula pudesse ganhar aperfeiçoamento³.

Pode-se, agora, insinuar resposta ao primeiro quesito formulado no decorrer da presente exposição: diante do princípio acusatório que a nossa Carta Política, sem sombra de dúvida, adotou, é, de todo, indevida a atuação do juiz como órgão controlador do princípio da obrigatoriedade da ação penal. O art. 28 do CPP, nesse passo, não se viu recepcionado pela Constituição Federal.

É certo que se poderá indagar se o sistema acusatório integra o devido processo legal e, como tal, sua aplicabilidade é imediata. Não hesitaria afirmar que o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) é o *mare magnum* para onde desaguam a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF),

³ Para um exame mais detalhado sobre o arquivamento, no particular, ou sobre a fase pré-processual, no geral, tendo em vista a disciplina traçada no Anteprojeto, o interessado pela matéria poderá encontrar algum subsídio em meu estudo “O Anteprojeto sobre a Investigação Policial”, *in Revista Jurídica*, da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Ano I, nº 1, jan./jun, 2001, p. 103 e seguintes.

os princípios do promotor legal (art. 5º, LIII c/c 129, I da CF) e do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII da CF). Ora, não se poderá falar em contraditório nem no devido processo legal sem a adoção do princípio acusatório, uma vez abolida a ação penal *ex officio* (art. 129, I, da CF).

Portanto, no regime nascido após a Carta Magna de 1988, descabe o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública por parte do juiz, pois o magistrado, assim agindo, estará realizando, por via reflexa, ato de persecução criminal, vedado pela Constituição Federal.

Espera-se que, com a reforma do processo penal em andamento no Congresso Nacional⁴, a matéria possa encontrar adequado tratamento legislativo. Desde que a orientação cogitada no Anteprojeto venha, em linhas gerais, a ser mantida, o futuro Código ganhará compasso com a Lei Maior.

Caminha-se, agora, na tentativa de encontrar apropriada resposta ao segundo ponto gerador de perplexidade externado ao início do presente estudo: no regime atual, o juiz que discordar do arquivamento poderá continuar exercendo jurisdição no processo nascido em razão de providência sua ao provocar a atuação do Procurador-Geral?

Na prática, o assunto é ignorado. E na lei?

O Código em vigor não assegura resposta fácil ao quesito. A tendência natural, na busca de uma solução para o impasse, leva-nos ao reconhecimento da incompatibilidade do juiz para processar e julgar o feito em razão de impedimento para o exercício da jurisdição. Porém, se consultarmos o art. 252 do CPP, veremos que, a rigor, a hipótese *sub examen* não se enquadra no rol exaustivo daquele dispositivo. Anote-se que o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de decidir que “só há o impedimento do art. 252 se o juiz se pronunciou de fato e de direito sobre a questão (n. III)”. A hipótese cogitada no julgamento em tela versava a respeito de desembargadores que, anteriormente, haviam, respectivamente, recebido a denúncia e interrogado o réu⁵.

Parece-me não restar dúvida de que o juiz, ao recusar o arquivamento, se verá obrigado, forçosamente, a pronunciar-se sobre matéria de fato e/ou de direito. Basta a leitura do art. 28 do CPP para que se conclua, com facilidade, constituir dever do juiz a adoção de tal procedimento. Na realidade, ali está dito que o juiz, “no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral”...

⁴ Nove foram os anteprojotos de reforma do CPP chegados ao meu conhecimento, compreendendo: a prisão, medidas cautelares e liberdade (1), investigação policial (2), prova pericial (3), prova testemunhal (4), provas ilícitas (5), interrogatório do acusado (6), defesa efetiva (7), procedimentos (8) e tribunal do júri (9). Veja-se, a propósito, o trabalho citado *in* nº 2 dessas notas, p. 103 e seguintes.

⁵ Referência ao julgado do STF, *apud* Código de Processo Penal Anotado, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, p. 1973, Editora Saraiva, 18ª edição, 2002. Ali, o festejado mestre alude também ao julgamento noticiado na RTJ 53/294, onde ficou assinalado que o impedimento não ocorre “em simples atos de ordenação processual ou de produção de provas”.

Ora, soa-me evidente que o juiz, para entender improcedente a manifestação do promotor de justiça no sentido do arquivamento do inquérito policial ou de qualquer peça de informação, deva expender razões para tanto, até porque todas as manifestações judiciais devem, necessariamente, ser fundamentadas (art. 93, IX da CF). Dessa forma, seus argumentos, ao contrariarem os do promotor, deverão, por imperativo constitucional, abordar questões de fato e/ou de direito contidas no inquérito policial ou na peça de informação.

É de ver, no entretanto, que o Pretório Excelso, em outra oportunidade, manifestou-se no sentido de que o juiz que anteriormente determinou a abertura de sindicância ou a presidiu não está impedido de atuar no processo (STF, HC 68784, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 26/03/93, p. 5003). Releva notar que a decisão em questão é posterior à Constituição de 88, fato que, não resta dúvida, nos deixa intrigados.

Que fazer diante da insegurança com que o tema vem sendo tratado?

A melhor posição, não há negar, é a que considera incompatível para o exercício da jurisdição o juiz que, por via reflexa, faz nascer a ação penal, pois, para tanto, teve ele que manifestar-se de fato e/ou de direito sobre matéria que, mais tarde, será chamado a processar e julgar, ferindo, no cerne, a sua imparcialidade. De certa forma, não seria absurdo afirmar que estaria, por caminhos ínvios, promovendo ação penal *ex officio*.

O Anteprojeto (atual Projeto) de CPP, tal como me foi dado examinar, em razão de sua fidelidade ao sistema acusatório, fará desaparecer todos os problemas aqui suscitados.

4. É chegado o momento de examinar a *vexata quaestio* que a parte final do art. 28 do CPP encerra⁶. Refiro-me à atitude do Procurador-Geral quando acolhe o pronunciamento do juiz no sentido da instauração do processo. Pode ele designar (*sic*) outro órgão do Ministério Público para oferecer denúncia, tal como diz a lei?

Designar nunca. O caso, no meu entendimento, é de delegação e não de designação. Esta, no meu pensar, violaria a independência funcional do promotor designado, uma vez que ele não está obrigado, em consciência, a ter a mesma *opinio* manifestada pelo Procurador-Geral. Já em relação à delegação tal não se dá, pois o delegado age como *longa manus* do Procurador-Geral, estando vinculado, apenas, para o momento do oferecimento da denúncia aos termos traçados pela Chefia do *Parquet* para dar início à ação penal. Após, terá ampla liberdade para atuar no processo, podendo, inclusive, na fase de alegações finais, pedir a absolvição do réu (art. 385 do CPP) e, até mesmo, apelar em seu favor (*rectius*, em prol de uma decisão justa).

⁶ Sobre as críticas a respeito da precária redação do art. 28 do CPP, veja-se nosso estudo sobre a “Reforma do Processo Penal”, in *Temas de Processo Penal*, pp. 249 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2ª edição, 2000. Posteriormente, buscamos aperfeiçoar a fórmula para adequá-la de maneira mais precisa ao sistema acusatório (in *Processo Penal – Reflexões*, pp. 134 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002). Aliás, o “Anteprojeto de CPP” seguiu esta última orientação, buscando assegurar o princípio e o sistema acusatório, em toda a sua plenitude.

Porém, há um fator complicador que decorre da independência funcional assegurada aos membros do Ministério Público na Constituição Federal de 1988 (art. 127, § 1º, parte final). Como conciliá-la com a regra do art. 28 do CPP, mesmo adotando melhor redação para o malsinado dispositivo?

O *thema* em análise não passou despercebido ao eminente professor PAULO RANGEL⁷, ilustre membro do Ministério Público fluminense, que, em nome do garantismo penal⁸, entende não estar o promotor de justiça designado (*rectius*, delegado) obrigado a oferecer denúncia, desde que se ponha em acordo com o pensamento externado por seu colega que requereu o arquivamento.

Sem necessidade da invocação do garantismo penal, tão bem desenvolvido por PAULO RANGEL em seu precioso *Direito Processual Penal*, penso que a questão, tal como posta na sua linha de raciocínio, se resolveria pelo fenômeno da não-recepção do texto processual, nesse ponto, diante da Carta Política de 1988.

A hipótese, não há dúvida, é de delegação e não de designação. Aquela, como ensina a melhor doutrina⁹, deriva do “poder hierárquico”, não comportando, em consequência, recusa pelo membro indicado sob a alegação de que violaria a sua independência funcional.

Como salienta o Professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO¹⁰, “a despeito de ter a lei usado o termo ‘designação’, não é bem essa a figura jurídica que ocorre no caso do art. 28, do C. P. Penal”.

E acrescenta:

“A designação é o instrumento apropriado ao preenchimento de vazios orgânicos, e tem, como é óbvio, estreita ligação com a estrutura organizativa-institucional do Ministério Público.”

⁷ PAULO RANGEL, *Direito Processual Penal*, pp. 171 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁸ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta. A base do garantismo penal, preconizada pelo ilustre jurista italiano, reside na tutela da liberdade individual diante das diversas modalidades de arbítrio emanadas por parte daqueles que exercem uma parcela de poder político do Estado. Dessa maneira, qualquer norma infraconstitucional que afronte a Constituição Federal deve ceder passo ao disposto na Lei Magna, uma vez atingidos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Política. Entre nós, sem a necessidade da criação de uma teoria especial ou de uma designação particular, a questão pode ser enfrentada pura e simplesmente pelo fenômeno da não-recepção ou por uma “ADIn”.

⁹ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *in Revista do Ministério Público - RJ* - nº 01, 3ª fase, pp. 238/241.

¹⁰ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *ob. cit.*, in nº 8 dessas notas, pp. 239/241, com apoio em farta doutrina nacional e estrangeira: SAYAGUÉS LASO (*Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 1974, p. 215), MARCELO CAETANO (*Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, 1980, p. 140), SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*Princípios Institucionais do Ministério Público*, 1982, p. 24), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Processo Penal*, vol. 1º, 1975, p. 316), MAGALHÃES NORONHA (*Curso de Direito Processual Penal*, 1976, p. 26) e PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO (*O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, 1990, p. 68).

Terminando por concluir:

“não se trata de mero ato de preenchimento de órgão de execução, mas, ao contrário, cuida-se de atribuição cometida originariamente ao Procurador-Geral de Justiça, o qual, por preferir não atuar diretamente, indica outro membro para fazê-lo.”

Porém, há um outro ponto que, na discussão do assunto, não pode ficar no olvido. Refiro-me ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, próprio da nossa lei processual penal (art. 24 do CPP). Não se pode negar que ele ficaria, seriamente, afetado caso fosse permitido ao promotor de justiça, sob a afirmação de que sua independência funcional estaria comprometida, descumprir a função delegada que lhe foi atribuída pelo Procurador-Geral na hipótese do art. 28 do CPP.

Como ficaria a persecução criminal, caso, sucessivamente, vários ou até mesmo todos os delegados não atendessem ao delegante?

Em tese, haveria a possibilidade de que toda a persecução criminal em tais casos, em ocorrendo a negativa de proceder por parte dos delegados sob a alegação do resguardo da sua autonomia funcional, se concentrasse em mãos do Procurador-Geral, o que ressoa a manifesto absurdo.

Assim, não bastassem os argumentos aduzidos no sentido do real significado do instituto da delegação, entraria em jogo o princípio da razoabilidade.

Colocados em confronto o princípio da independência funcional e o da obrigatoriedade da ação penal pública, qual deveria prevalecer?

Não se ignora que, entre as funções institucionais do Ministério Público, destaca-se a de promover, *privativamente*, a ação penal pública (art. 129, I, da CF). Ora, não há negar que a atividade do *Parquet* ficaria seriamente obstruída caso viesse a ser admitida a recusa do delegado em proceder.

Como sabido, a razoabilidade e a proporcionalidade, a primeira sob os influxos da doutrina norte-americana e a segunda com as bênçãos da cultura alemã, desde que usadas com parcimônia e equilíbrio, de maneira que não venham a consagrar o arbítrio judicial anulando a função administrativa e a legislativa, surgem como solução para casos extremos onde se ponham em confronto princípios relevantes.

Aliás, no campo penal usa-se, com mais freqüência, o vocábulo proporcionalidade, embora ambos os princípios objetivem o mesmo fim.

Como salienta o culto Promotor de Justiça, EDUARDO SLERCA, em seu apreciado livro sobre a matéria:

“Difícil imaginar um princípio que permita maior campo de aplicação que a idéia de razoabilidade ou de proporcionalidade. Afinal, tudo, tudo mesmo, deve ser razoável e proporcional, o desarrazoado é, por definição, injusto, contrário ao Direito”¹¹

Parece-me, assim, que não seria razoável sacrificar-se a atividade de persecução criminal do Estado em nome de uma equivocada colocação do princípio da independência funcional. Equivocada, repito, por exibir um falso conceito do que seja delegação.

Concluindo sobre o tema, estamos com EDUARDO SLERCA: “a razoabilidade e a proporcionalidade estão hoje na essência do discurso civilizado”.¹²

5. Mas não acabam aí os dissabores com que o art. 28 do CPP, tão afamado e requisitado, como verdadeira minâncora, remédio para todos os males, se apresenta aos olhos do intérprete. Quero referir-me, agora, à precária redação da sua parte final. Ali está dito que, quando o Procurador-Geral “insiste” (*sic*) no “pedido” de arquivamento, o juiz está obrigado a atender. Vejamos:

Primo: o Procurador-Geral não “insiste” (*sic*) no pedido de arquivamento. A Chefia do *Parquet*, na realidade, mediante decisão administrativa, *determina* o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação.

Secundo: O Procurador-Geral, no caso, não pede. Pedir é requerer, postular, pretender ou algo assemelhado. Pede-se aquilo que pode ou não ser atendido, que enseja ou não deferimento. Ora, se o juiz está obrigado a atender o pedido (*sic*) não se trata de solicitação.

Tertio: a palavra “pedido”, em processo, reveste conotação própria. Assim, o autor, quando da inicial, pede; e pede porque é parte na ação. Da mesma forma, por exemplo, o Ministério Público, ao propor a ação penal, pede a condenação do réu (ou, nos crimes dolosos contra a vida, a pronúncia). Portanto, no caso do defeituoso art. 28 do CPP, o que o legislador desejou afirmar foi “requerimento de arquivamento” (redação, igualmente, defeituosa) ou, melhor, promoção de arquivamento.

Na verdade, no regime atual, o que a lei pretendeu dizer mas não disse, reside no seguinte: *determinando* o Procurador-Geral o arquivamento, voltam os autos ao juízo de origem, onde ficarão arquivados os autos respectivos. O primeiro daqueles atos retrata uma providência de natureza jurídica com eventuais reflexos no processo (Súmula 524 do STF e art. 18 do CPP). Já o segundo reside no ato material consistente na remessa dos autos para o arquivo do cartório do juízo para onde foi distribuído o procedimento arquivado, após despacho de expediente do juiz respectivo.

¹¹ EDUARDO SLERCA, *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, p. 19, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

¹² *Apud op. cit.*, in nº 10 dessas notas.

6. No Anteprojeto sobre a investigação policial (no momento em que estas linhas são escritas, ignoro as alterações que o Projeto haja sofrido no Congresso Nacional), onde se resguarda, com alguns pecados veniais, o sistema acusatório, tudo muda de figura.

Com efeito, ali, o controle do arquivamento se dará integralmente no âmbito do Ministério Público, através de um “órgão superior” da Instituição, que homologará ou não a providência pretendida pelo Promotor de Justiça. Como tive a oportunidade de salientar alhures¹³, a disciplina do arquivamento é o ponto alto de todo o Anteprojeto, por resguardar, em sua pureza, o sistema acusatório. Na verdade, ao afastar o juiz das funções anômalas de supervisão e controle da investigação penal, garante-se ao magistrado a sua imparcialidade para julgar, reservando-se para ele a prática, tão somente, de atos jurisdicionais.

Vou dizer e repetir até o Juízo Final: juiz julga e quem julga não investiga.

¹³ *Op. cit.*, in nº 2, *passim*, destas notas.

O arquivamento definitivo¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Sabe-se que o despacho de arquivamento é, por sua própria natureza, provisório, podendo o procedimento respectivo ser reaberto a todo tempo, desde que, nos termos da Súmula 524 do STF, surjam novas provas. Entenda-se, desde logo, o que sejam “novas provas”. Estas indicam alteração *substancial* dos fatos até então apurados, ensejando, destarte, a reabertura das investigações. Ela pode decorrer de requerimento da vítima ou de seus familiares (providência muito comum) ou mesmo de qualquer pessoa do povo, caso o crime seja de ação penal pública incondicionada (art. 27 do CPP). O desarquivamento ainda pode resultar de investigações efetuadas pela própria autoridade policial, tal como permitido pelo art. 18 do CPP. Aqui está dito que ela, autoridade policial, após o arquivamento, não fica impedida de proceder a novas pesquisas, se de “outras provas” tiver notícia. Caso as pesquisas em questão resultem frutíferas, caberá à autoridade policial levar ao conhecimento do *Parquet* o que tenha apurado para que ele proceda como entender de direito.

2. Observe-se que a Súmula 524 do STF adota, com inteira propriedade, a palavra despacho, demonstrando, com tal redação, que a manifestação jurisdicional em exame não assume o caráter de decisão e, muito menos, de sentença. Isto retrata, com fidelidade, o caráter provisório que lhe é imanente. Ela opera, sempre, *rebus sic stantibus*.

3. Impõe-se, na oportunidade, fazer uma consideração de ordem técnica a respeito da expressão “novas provas” constante da Súmula 524 do STF. Prova, com rigor científico, é aquela produzida em juízo, revestida das garantias do contraditório e da ampla defesa e que integra o devido processo legal (art. 5º, LV da CF). No particular, a prova oral, para que possa servir de esteio a uma sentença definitiva, haverá de submeter-se ao crivo daquelas exigências do Texto Magno. É certo que se poderá argumentar no sentido de que, ao lado da prova oral (testemunhal, palavra do ofendido, etc...), outras existem, ditas irrepetíveis. É o caso típico da prova pericial, que, em regra, é produzida na fase pré-processual (art. 6º, VII do CPP), uma vez que, em incontáveis infrações penais em que ela se faz presente, os vestígios tendem a desaparecer com o tempo. Daí a urgência com que a prova técnica deva ser realizada. No entanto, mesmo em tal circunstância, a perícia pode vir a ser questionada em juízo, através do chamado contraditório diferido. Além do mais, dependendo do caso concreto, nada impede que a autoridade judicial venha a ordenar a realização de novo exame (art. 181, parágrafo único, do CPP). Suponha-se,

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 26, p. 267-280, jul./dez. 2007.

como exemplo, que determinado documento submetido a exame caligráfico na fase do inquérito policial (art. 174 do CPP) venha a ser contestado em juízo, sob a alegação de que o resultado da perícia grafotécnica não retrata a verdade; ora, ele, documento, está nos autos, nada impedindo, assim, seja novamente periciado, por outros peritos, caso o juiz julgue conveniente ou mesmo necessário que novo exame se realize. No momento oportuno, por ocasião da sentença, caberá então ao magistrado valorar a prova em questão como entender de direito (art. 157 do CPP), acolhendo ou rejeitando uma das perícias ou aceitando, em parte, uma delas ou, até mesmo, desprezando ambos os laudos.

Portanto, entenda-se bem, a palavra “prova” quando apresentada na fase de inquérito policial ou em qualquer outra peça de informação idônea é aqui usada para fins exclusivamente didáticos, não assumindo um caráter estritamente técnico, pois a “prova” apresentada na fase que antecede a ação penal encontra-se direcionada, basicamente, para o Ministério Público ou, quando for o caso, para o querelante. Daí a afirmação de certa parte da doutrina no sentido de que faltaria justa causa para a ação penal, caso ela não figurasse como lastro para a denúncia, como suporte fático para a acusação. No meu entendimento, faltaria ao autor, em tal emergência, interesse de agir para o processo penal, acarretando a carência de ação.

Diga-se o mesmo no caso de ação privada (art. 19 do CPP), bem como na hipótese bastante rara de queixa subsidiária (art. 29 do CPP).

Em outras palavras, o suporte fático é indispensável para o ajuizamento da ação penal, uma vez que a denúncia ou a queixa não são peças de ficção. Ambas repousam em algum dado concreto, sob pena de traduzirem uma acusação temerária, que pode, inclusive, acarretar conseqüências de ordem penal para o trêfego que se arvore em formulá-la.

Tudo isso resulta bem claro da leitura da própria lei processual penal (arts. 12, 27, 28, 39, § 5º e 46, § 1º do CPP e 77, § 1º da Lei 9.099/95).

4. Em que casos, então, caberia o arquivamento?

A lei não cogitou de indicar as hipóteses possíveis de arquivamento, partindo do fato, quero crer, que uma vez adotado o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (art. 24 do CPP) não haveria porque enunciá-los, tendo em conta que seria não comum a sua incidência. Isto resulta bem claro da leitura do art. 43 do CPP que se ocupa dos casos de rejeição da inicial de acusação por falta de uma das condições para o exercício regular do direito de ação. Dessa maneira, somente à falta de uma das condições da ação, segundo o nosso Código, é que a denúncia ou a queixa poderá ser rejeitada. Como teremos a oportunidade de apreciar, o referido art. 43, não esgota todos os casos de rejeição da inicial acusatória, embora mantido em sua integralidade o princípio da legalidade, como será analisado (art. 24 do CPP).

É certo que boa parte da doutrina² sustenta que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública restou mitigado com o advento da Lei 9.099 de 26.9.1995, que conferiu regulamentação ao mandamento constitucional do art. 98, I da Lei Maior, ao permitir a transação nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

Volta-se, pois, à indagação: em que casos, no sistema do Código, seria possível o arquivamento?

- a) quando o fato, a toda evidência, não constituir infração penal;
- b) quando a punibilidade estiver extinta;
- c) quando faltar condição exigida em lei para o exercício da ação penal;
- d) quando inexístirem indícios de autoria;

e) quando faltar, no inquérito policial ou na peça de informação, suporte fático mínimo indispensável para uma imputação.

Assinale-se que, no regime da Lei 9099/95, da mesma forma, será possível o arquivamento do termo circunstanciado e o art. 76 daquele diploma legal a ele faz referência de forma expressa, como, aliás, não poderia deixar de ocorrer, pois, também lá, poderia apresentar-se uma das situações processuais acima referidas, embora a hipótese, dada a natureza das infrações penais de que se ocupa aquela lei, seja remota. É certo que, em alguns casos, o procedimento será remetido para o Juízo comum (arts. 66, parágrafo único e 77, § 2º da Lei 9.099/95), salvo quando surgir evidente que nada resultará para a apuração do fato, desde que constatada a inutilidade da realização de qualquer outra diligência.

5. Colocada a temática nestes termos (4, *supra*), vejamos em que casos o arquivamento poderá assumir caráter definitivo, despidendo-se de sua natureza provisória.

Começemos, por exclusão, pela análise das situações processuais em que ele reveste caráter provisório. Comumente o arquivamento tem merecido exame dessa forma, como é natural.

A primeira hipótese em que o arquivamento apresenta natureza provisória é aquela em que o Ministério Público vê-se à frente da falta de condição exigida em lei para o exercício da ação penal. Vislumbre-se, por exemplo, o caso de um crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (art. 24 do CPP e 100, § 1º do CP). Suponha-se, não importa a razão, que o inquérito policial tenha sido instaurado com violação ao art. 5º, § 4º do CPP. Chegado a juízo e não tendo o ofendido ofertado representação, só caberá ao *Parquet* requerer o arquivamento por falta daquela condição de procedibilidade. Torna-se claro que, uma vez satisfeita a condição, o inquérito policial será desarquivado (art. 43, parágrafo único, do

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 6ª edição, 2004, São Paulo: Ed. Saraiva, p. 122.

CPP), legitimando a atuação do Ministério Público que poderá oferecer denúncia (desde que presentes, evidentemente, as demais exigências para o exercício da ação penal) ou mesmo requerer o arquivamento do inquérito policial por razões outras que não importem no reconhecimento da falta de condição de procedibilidade, uma vez que o Ministério Público não se encontra vinculado, de qualquer maneira, aos termos da representação.

É preciso, no entanto, que a representação, no caso versado, seja ofertada dentro do prazo decadencial (arts. 38 do CPP e 103 do CP). Acrescente-se, ainda, que a representação, embora regulada minuciosamente no art. 39 do CPP, não é uma peça formal, bastando que, de forma inequívoca, fique demonstrada a vontade do ofendido no sentido de ver processado o autor do fato criminoso. Ela nada mais é que uma autorização dada pelo particular para que o Ministério Público possa exercer a ação penal (art. 129, I da CF). Dessa maneira, no paradigma trazido à colação, bastaria qualquer manifestação idônea do ofendido, para que o *Parquet* pudesse atuar. Caso a representação venha a ser ofertada a destempo, caberá ao Ministério Público requerer a extinção da punibilidade pela ocorrência da decadência (art. 107, IV, segunda figura, do CP c/c 38 do CPP). Se o juiz vier a acolher a fala do *Parquet*, declarará a extinção da punibilidade do fato e, em razão de tal decisão, o inquérito policial estará arquivado. Esta última hipótese de arquivamento, no entretanto, revela certa peculiaridade que será objeto de análise no momento oportuno, pois, uma vez preclusa a decisão, o arquivamento se tornará definitivo (13, *infra*).

Portanto, neste primeiro enfoque do arquivamento, a providência será sempre provisória pois, uma vez satisfeita a condição estabelecida pela lei para que a ação penal possa ser exercitada, o Ministério Público estará habilitado a ajuizar a demanda. E tanto isto é verdade, que a lei processual penal, em seu art. 43, parágrafo único, deixa patente que a rejeição da denúncia em tal situação não obstará o exercício da ação penal desde que satisfeita a condição. O aludido dispositivo (art. 43), convém repetir, enumera as causas que motivam a rejeição da inicial da acusação (4, *supra*).

No caso ora em exame tem pleno sentido a seguinte pergunta: cabe recurso contra o despacho de arquivamento? A jurisprudência, com inteiro acerto, tem entendido ser irrecurável a “decisão” que o determina. Podem ser anotados alguns julgados nesse sentido: STJ, Rec MS 5840, *in DJU* de 4.8.97, p. 34.888, RT 422/316 e 760/654, entre outros³.

³ Referência jurisprudencial colhida do *Código de Processo Penal Anotado*, JESUS, Damásio E. de, p. 455, Editora Saraiva, 22ª edição, 2005, São Paulo. Naquele excelente repositório, o verbete usa o vocábulo “decisão”, quando, no meu entendimento, caso estivesse em jogo uma decisão, haveria recurso contra a mesma. Na hipótese, não há falar em recurso, pois a manifestação jurisdicional de arquivamento fundada na falta de condição exigida em lei para o exercício da ação penal consubstancia-se num mero despacho e os despachos, como sabido, não comportam recurso, salvo quando importarem inversão da ordem legal do processo. Nessa ocorrência, não de todo rara, haverá a possibilidade da parte prejudicada interpor Reclamação, que, ainda, terá cabimento nos casos de erro de ofício, abuso de poder ou omissão dos juízes (art. 210 e segs do CODERJ). Daí, as “aspas” colocadas na palavra “decisão”.

6. Outra modalidade de arquivamento provisório encontra lastro no fato da inexistência de indícios de autoria. Em nosso processo inexistente ação penal contra pessoa incerta. Pode ocorrer que os autos não apresentem dados qualificativos completos a respeito do autor da infração penal. Tal circunstância não impede o exercício da ação penal desde que inexistam dúvidas quanto à sua identidade física. É por tal razão que o Código, no art. 41, ao ocupar-se dos requisitos que a petição inicial deve conter, exige a qualificação do acusado ou os “esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo”. Portanto, ainda que incompleta a qualificação, desde que se possa individualizar o denunciado, estabelecendo sua identidade física, não se poderá falar em falta de indícios da autoria. É muito comum a adoção da chamada qualificação indireta, que se faz para suprir a ausência de qualificação direta, quando o indiciado encontra-se foragido. Ela é feita através de um levantamento levado a efeito pela autoridade policial, mediante investigação, e que, muitas vezes, supre, por completo, a qualificação direta.

A autoria, como sabemos, toca de perto com a *legitimatío ad causam* passiva; daí sua relevância para a formação da relação processual válida.

Portanto, meros defeitos na qualificação do indiciado, desde que certa a sua identidade física, não justificam o arquivamento. Por tal motivo o art. 259 do CPP permite, a qualquer tempo, no curso do processo e, até mesmo, na fase de execução, a retificação, por termo nos autos, dos dados qualificativos do imputado.

É chegado o momento de estabelecer limites no que respeita à qualificação do indiciado. A simples referência a “fulano de tal, negro, alto e magro” para indicar o autor do fato criminoso não serve para individualizar qualquer pessoa. Caso tal se dê, caberá ao Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito policial em razão da falta de indícios da autoria. Veja-se, a propósito, decisão emanada da 3ª Câmara Criminal do TJSP, no recurso criminal n. 53.051, que considerou ser sobremodo inseguro e “até muito temerária”, denúncia contendo apenas aqueles dados (“preto, alto e magro”)⁴, rejeitando-a.

O arquivamento, quando ocorre a falta de indícios da autoria, dar-se-á por despacho do juiz atendendo a requerimento do Ministério Público. Em ocorrendo a hipótese, o despacho em questão é irrecorrível, somente tornando-se possível o desarquivamento se obediente aos termos da Súmula 524 do STF. Surgindo “novas provas” da autoria, até então ignoradas, dá-se a reabertura da investigação (veja-se a propósito o item 3, *supra*).

Duas palavras, ainda, a respeito do que se deva entender por qualificação. Qualificação é o conjunto de qualidades que ornamentam uma pessoa, compreendendo o nome (aqui indicados o prenome e o apelido de família), a alcunha ou vulgo e, eventualmente, o pseudônimo, o estado civil, a data de nascimento, a naturalidade, a nacionalidade, a filiação, a atividade que exerce, o nº do registro civil e o do CPF e os

⁴ MIRANDA, Darcy Arruda, in *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, vol. IX, Editora Revista do Tribunais Ltda, São Paulo, 1963, p. 143.

endereços (residencial e de trabalho). Observe-se que, raramente, se encontrará uma qualificação direta revestida de tantos dados informativos. Nem por isso, desde que não haja dúvida sobre a identificação do indiciado, se poderá falar em falta de indícios de autoria. É de se ter em conta que as omissões acidentais constantes da denúncia, relativas à qualificação (ou quaisquer outras), poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final (art. 569 do CPP). E o art. 259 do CPP, voltado de forma específica para a qualificação, apresenta-se, ainda, mais completo ao permitir a retificação daqueles dados até mesmo na fase de execução.

Acrescente-se, ainda, a importância de tais informações para o fim de elaboração da estatística criminal que terá por base o boletim individual que é parte integrante dos processos (art. 809 do CPP).

7. Outra circunstância que enseja o arquivamento provisório reside na falta de suporte fático mínimo para que a acusação possa ser apresentada.

A denúncia, como já posto em relevo ao início do presente estudo, não consiste em uma peça de ficção, ela haverá de encontrar esteio em fatos idôneos para que possa ser ofertada. É certo que as informações poderão ser complementadas em juízo, qual se colhe do art. 10, § 2º do CPP. Porém, a peça de informação ou o inquérito policial deverá conter, desde logo, um mínimo de indicações de maneira a permitir que a denúncia possa ser oferecida. Em caso contrário, só restará ao Ministério Público promover a devolução dos autos do inquérito policial para a complementação das diligências (art. 10, § 3º do CPP) ou requisitar a instauração do inquérito policial (art. 5º, II do CPP) para melhor apurar os fatos chegados ao seu conhecimento por qualquer via merecedora de crédito (arts. 27 e 39, § 5º do CPP).

Como já ficou dito, a necessidade de suporte fático para que a denúncia possa ser apresentada resulta bem nítida da leitura dos arts. 12, 27, 28, 39, § 5º e 46, § 1º, todos, do CPP.

Desde que o *Parquet* não disponha de indicações mínimas para ajuizar a ação penal, só lhe restará requerer o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação. Entenda-se bem: para acusar o Ministério Público não necessita de um suporte fático completo e exaustivo mas apenas de um mínimo de “provas”. A instrução criminal probatória produzida em juízo dará ensejo a que se complemente eventual insuficiência de dados, podendo propiciar até mesmo que a denúncia venha a ser aditada.

Deverá o juiz, diante do requerimento de arquivamento do *Parquet*, fundado na falta de indicações mínimas para o oferecimento da denúncia, determinar, mediante despacho, o arquivamento do procedimento respectivo, desde que, evidentemente, venha a acolhê-lo.

Torna-se claro que, no caso, o arquivamento será provisório, podendo o inquérito policial ou a peça de informação, a todo o tempo, ser desarquivado, desde que a hipótese venha a subsumir-se nos termos exigidos pela Súmula 524 do STF.

Averbe-se ainda que, em tal situação processual, o autor do fato encontra-se perfeitamente indicado. No entanto, as informações constantes dos autos não permitem que a denúncia seja oferecida. Trata-se, como de observação tranqüila, de formulação distinta daquela tratada no item 06, *supra*, onde se viu abordada a falta de indícios da autoria.

Aqui, faltaria interesse de agir para o Ministério Público⁵.

8. Chega-se, agora, à razão de ser do presente estudo, que mereceu o título provocativo de “O arquivamento definitivo”. É que, como de elementar sabinça, a provisoriedade é típica do arquivamento. Por tal razão, é que a Súmula 524 do STF adota a seguinte redação: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem *novas provas*” (destaques meus).

O despacho, por natureza, traz em si uma carga decisória mínima e, por isso mesmo, em regra, é irrecorrível. Dessa maneira, quando o juiz designa dia e hora para a realização de uma audiência, quando determina a notificação de uma testemunha para ser inquirida, quando, praticando ato de impulso processual, ordena que as partes falem em diligências ou em alegações finais e assim por diante, está o magistrado prolatando despachos. São, todos eles, manifestações jurisdicionais tomadas *rebus sic stantibus*, sujeitas a revogação desde que situações processuais novas aconselhem sua modificação. Todos aqueles despachos caracterizam atos ordinatórios do procedimento, indispensáveis para o seu regular desenvolvimento.

No caso de arquivamento é o que, em regra, ocorre como tivemos a oportunidade de apreciar até aqui (5 a 7, *supra*).

No momento, cabe-nos examinar situação processual diversa. Trata-se do arquivamento ocorrido quando o fato apurado, a toda evidência, não constitua infração penal. Em ocorrendo tal emergência, o juiz pratica ato *decisório*, atendendo sempre a requerimento do Ministério Público. Não se trata de mero despacho do magistrado envolvendo uma questão de fato (“prova”), fato que hoje é desconhecido nos autos e que poderá, no futuro, ser descoberto, dando margem ao oferecimento de denúncia ou, pelo menos, à reabertura das investigações. Trata-se, agora, quando do reconhecimento da atipicidade do fato, ao revés, de matéria de direito não resolvida através de mero despacho mas sim por meio de uma decisão. E por trata-se de decisão, a matéria nela ventilada desafia o recurso de apelação residual contemplado no art. 593, II do CPP.

⁵ Para um exame mais detalhado a respeito do interesse de agir no processo penal, o eventual leitor encontrará algumas observações em meu artigo “Breves anotações sobre o interesse de agir no processo penal” na Revista *Lições de Direito*, vol. 2, publicação da UniverCidade Editora, Rio de Janeiro, 2005, p. 213 e seguintes.

Cabe, desde já, questionar: quem poderá apelar em tal situação?

O Ministério Público, sabe-se, por haver requerido o arquivamento, não terá *interesse* na reforma ou na modificação da decisão (art. 577, parágrafo único, do CPP).

O indiciado, muito menos, por faltar-lhe *sucumbência*.

Penso que a decisão de arquivamento, *in casu*, poderá ser enfrentada pelo ofendido ou, à sua falta, por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Não haverá, *em regra*, é bom que se assinala, qualquer interesse material de ressarcimento do dano pois, segundo dispõe o art. 67, I do CPP, a decisão de arquivamento não impede a propositura da ação civil. Porém, esta regra está voltada para a figura do indiciado.

Com efeito, o fato pode ser atípico mas exigir reparação civil. Aliás, veda-se a ação civil somente quando, em sentença absolutória houver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato (arts. 66 e 386, I do CPP) ou, ainda nas situações processuais contempladas nos arts. 65 e 386, V do CPP. Nestas últimas hipóteses com reservas, isto é, não de forma absoluta.

Porém subsiste também para o ofendido (ou de quem lhe fizer as vezes) o interesse moral de ver processado o autor do fato. Não só o dano moral advindo do fato, mas também eventual dano material, como se verá abaixo (12, *infra*), pois, como posto em relevo, o reconhecimento no sentido de que o fato não constituiu infração penal não afasta o ressarcimento eventual do dano causado pelo indiciado beneficiado pelo arquivamento.

Ocorrendo ser o ofendido incapaz, incumbe ao seu representante legal interpor o recurso respectivo.

No caso vertente, não há falar em irrecurribilidade do despacho de arquivamento, tal como apontado linhas acima (5 a 7, *supra*), uma vez que as conseqüências da *decisão* são bem diversas daquelas já examinadas (5 a 7, *supra*). Aqui encontra-se em jogo uma decisão com força de definitiva, trancando, de uma vez por todas, a ação penal; nos demais casos estudados (5 a 7, *supra*), um mero despacho que traz em si mesmo o caráter de provisoriedade, podendo, a todo o tempo, enquanto não extinta a punibilidade do fato, o feito criminal ser reaberto, desde que presentes os requisitos a que se refere a Súmula 524 do STF.

Quando o arquivamento é ditado pela ausência de tipicidade penal do fato sob apuração, a decisão judicial — porque tem força de definitiva — reveste-se de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da persecução criminal. Em ocorrendo tal conjuntura, não há, pois, como cogitar-se de aplicação da Súmula 524 do STF nem tampouco da providência contemplada no art. 18 do CPP, uma vez que a decisão judicial fundou-se na inocorrência de infração penal.

A Suprema Corte, quando do julgamento do HC 80.560-GO, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, já teve a oportunidade de manifestar-se no sentido de

que: “A afirmação corrente de que o arquivamento do inquérito ou de diferentes peças informativas do delito não faz coisa julgada há de ser sempre recebida *cum grano salis*, para evitar generalizações indevidas”.

Do mesmo sentir, o julgado do Pretório Excelso por ocasião da apreciação do HC 66.625 onde, com igual entendimento, resultou assinalado que o arquivamento fundado na atipicidade do fato impede a instauração da ação penal. Na mesma linha de pensamento, consultem-se os acórdãos constantes das *RTJ* 127/193 e *RT* 670/357.

Registre-se, em acréscimo, passagem do voto condutor do Ministro Octávio Gallotti, por ocasião do julgamento do HC 66.625, quando, examinando caso concreto, pôs em relevo que, na espécie dos autos, não se punha em dúvida a prova do fato mas sim o seu relevo penal. Tal fundamento não é passageiro, porém essencial e permanente⁶.

A hipótese assemelha-se à rejeição da denúncia com fulcro no art. 43, I do CPP, onde, igualmente, não se permite que a instância venha a ser renovada.

Há, porém, uma diferença. É que para a rejeição da denúncia, *in casu*, a lei previu recurso específico (art. 581, I do CPP) para enfrentamento do *decisum*.

Recentemente, o Supremo, por ocasião do julgamento do *Habeas* 84.156-MT, relator o Sr. Ministro Celso de Mello, voltou a manifestar o mesmo entendimento, ou seja, a impossibilidade da reabertura da investigação policial no caso de arquivamento fundado na ausência de tipicidade penal, invocando, por sinal, abalizado magistério doutrinário⁷.

9. Não me foi dado observar em qualquer pronunciamento da Corte Suprema a possibilidade da interposição de recurso contra a *decisão* de arquivamento fundada na atipicidade do fato, muito embora, por seus efeitos, a *decisão* em questão tornasse impeditiva a reabertura do feito.

No entanto, parece-me que o ofendido (8, *supra*) deva ser intimado para, caso deseje, mediante apelo, venha a evitar a eficácia preclusiva do *decisum*, valendo-se, para tanto, do recurso de apelação residual contemplado no art. 593, II do CPP (12, *infra*).

10. Outro aspecto relevante que o tema envolve reside na circunstância de que o Ministério Público só deverá requerer o arquivamento com base na atipicidade do fato quando *evidentemente* ele não constitua uma infração penal. É que, nesta fase, vige o princípio do *in dubio pro societate*, não cabendo ao *Parquet* “anistiar” o indiciado, desde que existam, pelo menos, elementos de informação, por mínimos que sejam, que justifiquem a propositura da ação penal. Nesse sentido é bom ter em conta, mais que nunca, a necessidade da observância do art. 24 do CPP, que consagra o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Ali está dito, de forma bem nítida, que a ação penal

⁶ Todos os julgados transcritos no item 8 foram extraídos do *Habeas Corpus* nº 84.156-MT, relator o Sr. Ministro Celso de Mello em acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 193, p. 648 e seguintes.

⁷ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito Policial: Novas Tendências*, 1986, IASP/CEJUP, pp. 25/27 e 33/34, itens ns. 7 e 10.

pública *será* promovida por denúncia do Ministério Público. Não cabe ao *Parquet* requerer o arquivamento por razões de política criminal ou de conveniência. Observe-se, ainda, que, nos casos em que o requerimento de arquivamento encontrar fundamento na atipicidade penal do fato, justifica-se especial cuidado na manifestação ministerial tendo em conta o caráter definitivo que o arquivamento, acaso deferido, trará para o futuro da apuração do evento, não se lhe aplicando o verbete contido na Súmula 524 do STF.

Dessa maneira, o arquivamento só poderá ser postulado naquela circunstância quando, de maneira indiscutível, o fato não constitua infração penal. Tal regramento deflui claramente da leitura conjunta dos arts. 24 c/c 43, I do CPP.

11. Uma perplexidade: cabe arquivamento definitivo do inquérito policial com base em causa excludente da antijuridicidade?

Encontrando-se, *sem sombra de dúvida*, evidenciada a falta de ilicitude da conduta, penso ser possível o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação, tendo em conta os dizeres do art. 23 do CP. É que, em tal hipótese, “não há crime” a ser punido⁸.

Fato que não constitui crime é simplesmente fato atípico e, em decorrência disto, se ofertada a denúncia, haveria impossibilidade jurídica do pedido. Ocorreria carência de ação por parte do Estado, por falta de uma condição para o regular exercício da ação penal.

Seria puro exercício de tautologia estar, aqui, a repetir que, *in casu*, torna-se exigível que a causa excludente da antijuridicidade resulte demonstrada de forma inequívoca, impondo o arquivamento. É que, nesta fase, vige o princípio do *in dubio pro republica*, razão pela qual se imporá a apresentação da acusação, caso haja um mínimo de prova (*rectius*, elementos de informação) aconselhando a propositura da ação penal. O juiz, este sim, ao sentenciar, deve optar pela aplicação do *in dubio pro reo*, absolvendo o acusado caso inexista prova suficiente para a condenação. Note-se que, em tal emergência, a lei não afirma a ocorrência de falta de prova; esta pode existir mas não se apresentar como suficiente para embasar uma condenação (art. 386, VI do CPP).

Aliás, o próprio Ministério Público, no decorrer do processo, uma vez concluída a instrução criminal, deverá requerer a absolvição do réu (art. 385 do CPP), caso entenda não demonstrada a acusação. Nesta fase, mesmo para o *Parquet*, a dúvida resolve-se sempre em favor do acusado.

Além de tudo o que foi exposto, como poderia o Ministério Público, na *causa petendi* que consolida a imputação, descrever o “fato criminoso com todas as suas circunstâncias” (art. 41 do CPP), caso o inquérito policial (ou qualquer outra peça de informação idônea) não lhe fornecesse elementos para a acusação?

⁸ A jurisprudência aponta a hipótese, cuidando de legítima defesa, em decisão emanada do TACrimSP, RT 413/300, *apud op. cit. in* n° 2, dessas notas, p. 38.

12. Acrescente-se que nos acórdãos citados, todos emanados do Pretório Maior, consagrando o arquivamento definitivo por ausência de tipicidade penal, não tive a oportunidade de constatar qualquer referência à possibilidade da interposição de recurso (9, *supra*), quer pelo ofendido, quer por uma das pessoas que, eventualmente, possa ter interesse em recorrer da decisão (art. 577, parágrafo único, do CPP). Repito, porém, que, em razão da eficácia preclusiva da decisão judicial que determina o arquivamento em virtude de atipicidade penal, torna-se indispensável que a manifestação do juiz possa encontrar enfrentamento através do apelo residual, por tratar-se de *decisão* (não de mero despacho) com força de definitiva (art. 593, II do CPP).

É que, no caso, não há falar em aplicação da Súmula 524 do STF, pois, repita-se até a náusea, não se encontra em discussão matéria de fato, mas, ao contrário, questão de direito que encerra, *definitivamente*, a investigação penal. É assim que deve funcionar o Estado Democrático de Direito. Ou não é?

Quando o juiz rejeita a denúncia por entender que o fato narrado não constitui infração penal (art. 43, I do CPP), tal decisão pode ser desafiada pelo *Parquet* através de recurso no sentido estrito cogitado no art. 581, I do CPP.

É bom que se entenda que o “fato narrado” (art. 43, I, do CPP) tem que encontrar lastro em elementos de informação mais ou menos precisos, pois a denúncia, como tantas vezes registrado no decorrer desse estudo, não é obra de criação do Ministério Público; ela repousa em dados concretos. Sem estes faltaria interesse de agir para a imputação.

Por que razão, então, o ofendido ficaria tolhido de recorrer, tendo em conta que a decisão judicial, no caso vertente, torna obstativa a ulterior instauração da *persecutio criminis*?

Observe-se que o ofendido pode, em tese, dependendo do caso concreto, vir a ser processado por violação aos arts. 339 e 340 do CP. Portanto, seu interesse em recorrer não é puramente moral (o que, por si só, justificaria o apelo), nem a questão que estamos versando reveste, apenas, interesse acadêmico, caso, por ocasião do arquivamento, houvesse remessa de peças ao *Parquet* (art. 40 do CPP) para que se instaurasse procedimento criminal contra a vítima pela prática daqueles crimes, com eventuais reflexos civis (ressarcimento do dano) que, daí, poderiam advir.

Mas o tema é inçado de dificuldades. Explico-me: caso o recurso venha a ser provido pelo Tribunal, como será possível conciliar o julgado com o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal (art. 129, I da CF)? Com efeito, ao dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo ofendido, o Tribunal não estaria violando o princípio do “*ne procedat iudex ex officio*”, uma vez que o Ministério Público, na origem, requereu o arquivamento, que veio a merecer deferimento pelo juiz do primeiro grau de jurisdição?

Penso que, ao prover o apelo, o Tribunal deverá simplesmente remeter os autos ao Procurador-Geral para o fim de que a Chefia do *Parquet* dê a última palavra, no sentido de

propor ou não a ação penal. Dessa forma não restaria violado o sistema acusatório e, do mesmo passo, o ofendido não ficaria ao desamparo.

TOURINHO⁹ narra hipótese assemelhada, em seu clássico *Processo Penal*, em que a posição acima defendida viu-se acolhida pela Corte Suprema. O caso pode ser assim resumido: o Promotor requereu o arquivamento de um inquérito e o Juiz acolheu o pronunciamento do Ministério Público. Como o caso versava a respeito de crime contra a saúde pública, o juiz recorreu *ex officio* (art. 7º da Lei 1521/51). O Tribunal, então, deu provimento ao recurso e determinou fosse oferecida denúncia. O Promotor ofereceu-a. Em grau de recurso, o réu veio a ser condenado. O Supremo, apreciando *Habeas* impetrado, anulou o processo, sustentando, com inteiro acerto, que a iniciativa da ação penal cabia, com exclusividade, ao Ministério Público, não podendo o Tribunal obrigá-lo a oferecê-la.

Daí que, ao meu alvedrio, no caso de arquivamento definitivo, em havendo apelação, só resta ao Tribunal, caso entenda incabível a decisão, remeter os autos ao Procurador-Geral para que este dê a última palavra a respeito do ajuizamento ou não da ação penal. Dessa maneira, seria possível conciliar a providência recursal com o sistema acusatório, tão bem delineado na Carta Magna.

Entendo, ainda, que, em se tratando de arquivamento fundado na atipicidade do fato, o ofendido ou seu representante legal deverá ser intimado para que, caso deseje, venha a interpor apelo (art. 798, § 5º, “a” do CPP). Se a vítima houver falecido ou quando for declarada ausente por decisão judicial, tal direito ao recurso (que nada mais é que uma ação) poderá ser exercido por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Estes, porém, não precisarão ser intimados, até porque não seria possível identificá-los (e, muitas vezes, nem mesmo saber se existem). Nada impede, no entanto, que uma destas pessoas, tomando ciência da decisão, venha a recorrer, enquanto a punibilidade do fato não estiver extinta (art. 798, § 5º, “c” do CPP).

13. Fizemos referência (12, *supra*) ao fato de que não constatamos nas decisões do Pretório Excelso, vendo como definitivo o arquivamento quando fundado na atipicidade penal, alusão à possibilidade da interposição de recurso voluntário pela parte interessada contra a decisão que assim disponha. Até registramos que, por tratar-se de *decisão* e não de simples despacho, torna-se necessário que ela possa ser enfrentada mediante recurso, vislumbrando a apelação cogitada no art. 593, II do CPP (apelo residual) como o recurso cabível para o caso, por tratar-se de decisão com força de definitiva proferida por juiz singular, que não comporta recurso em sentido estrito. É a única maneira de evitar a ocorrência da coisa julgada material, a impedir o reexame da matéria.

Porém, há uma outra hipótese a exigir recurso, uma vez que a *decisão* de arquivamento não versa a respeito de matéria de fato, impedindo, destarte, a aplicação

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 01, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 416.

da Súmula 524 do STF ou mesmo aquela providência mencionada no art. 18 do CPP. Refiro-me à decisão que julga extinta a punibilidade do fato por uma das causas enumeradas no art. 107 do CP. Sabe-se que a enumeração em tela não é taxativa, podendo existir casos outros previstos de forma expressa na lei penal material (Código Penal) ou, eventualmente, em leis extravagantes¹⁰. Aqui, no entanto, a lei processual previu recurso específico para desafiar o *decisum*, estando ele indicado no art. 581, VIII do CPP, recurso este que subirá nos próprios autos (art. 583, II do CPP), comportando, inclusive, juízo de retratação (art. 589 do CPP). Em tal circunstância, o próprio *ius puniendi* desaparece. É certo que, na hipótese, não há falar em extinção do crime, pois este, como fato naturalístico, existiu, não podendo desaparecer através de um passe de mágica. A necessidade e a utilidade da punição é que perdem sentido¹¹. Aliás, se, naquela circunstância, denúncia fosse oferecida, ela deveria merecer rejeição (art. 43, II do CPP).

14. Mas não é somente pelo fato de que a decisão, como tal, dá margem a recurso, o que não ocorreria caso estivesse em jogo um mero despacho.

Agora, por força do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no *Diário Oficial da União*, de 9 de novembro de 1992, foi promulgada, entre nós, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. O Governo brasileiro, ao depositar a Carta de Adesão a esse ato internacional, fez com que ele fique incorporado à nossa legislação. Dessa forma, por força do art. 8º, 2, *h*, o direito ao duplo grau de jurisdição fica assegurado como garantia judicial, não se concebendo, destarte, que uma decisão com força de definitiva reste sem submeter-se à reapreciação por juiz (no caso, Tribunal) mais graduado. Assinale-se, por oportuno, que o ofendido, eventualmente, pode transmudar-se em acusado (12, *supra*), justificando-se, destarte, seu interesse em apelar da decisão.

15. Pode-se alinhar, à guisa de resumo, que a regra geral em matéria de arquivamento de inquérito policial (ou de qualquer peça de informação) é a provisoriamente da medida, uma vez que, enquanto não extinta a punibilidade do fato, nos termos do verbete da

¹⁰ Sobre o *thema*, podem ser consultados, entre outros, HUNGRIA, Nelson (*apud* GARCIA, Basileu. *Instituições*, t. 2, p. 654), o próprio GARCIA, Basileu, na obra citada, p. 655, MARQUES, José Frederico (*Curso*, v. 3, p. 401) *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*in Processo Penal*, v. 1, pp. 541/542, 25ª edição, 2003, São Paulo).

¹¹ Nem sempre, no ocidente católico, a própria morte do réu extinguiu a punibilidade. O “Santo Ofício da Inquisição” previa o anátema à memória do morto, declarando ser ele herege, a merecer, por isso, as punições previstas. Conseqüência dessa condenação eram a exumação e a cremação do cadáver ou o traslado do corpo para fora de cemitério consagrado. Em casos de confisco dos bens do morto ele poderia ser feito até 40 anos depois do óbito. Os herdeiros, mesmo se fossem católicos, seriam despojados dos bens do herege em proveito do fisco eclesiástico ou civil. Os filhos dos hereges seriam declarados infames e inaptos para o exercício de qualquer cargo público. O “processo” contra um morto – que, por definição, não podia ser citado – seria instaurado desde que se tratasse de um delito de lesa-majestade divina. Para um completo exame do assunto, consulte-se o “*Directorium Inquisitorum*” (*Manual dos Inquisidores*, p. 198, escrito por EYMERICH, Nicolau em 1376, revisto e ampliado por de LA PEÑA, Francisco, em 1578, ambos inquisidores, integrantes da Ordem dos Pregadores, Editora Universidade de Brasília, 1993).

Súmula 524 do STF, o feito poderá ser reaberto, desde que fato novo venha a ensejar a providência. Entende-se por fato novo aquele que importe na alteração *substancial* do que, antes, fora apurado. Aliás, nos termos do art. 18 do CPP, a autoridade policial, mesmo depois de arquivado o inquérito policial, pode, caso tenha notícia de outras “provas”, proceder a novas pesquisas, que poderão redundar no desarquivamento. A lei usou a expressão “outras provas” no sentido comum da palavra “prova”, uma vez que na fase pré-processual há mera colheita de informações.

Em duas situações, no entanto, o arquivamento torna-se definitivo. Tal se dá quando ele teve como arrimo a atipicidade do fato ou quando a providência reconheceu a extinção da punibilidade do fato. Aqui, não há falar de aplicação da Súmula 524 do STF.

Outra particularidade nestas últimas situações processuais (reconhecimento da atipicidade do fato ou decretação da extinção da punibilidade) é que a manifestação jurisdicional não se traduz num mero despacho do juiz acolhendo a promoção do Ministério Público. Em ocorrendo uma daquelas modalidades de arquivamento, o juiz prolata uma decisão que desafia recurso da parte que tiver interesse moral e, eventualmente, interesse material, em ver instaurada a ação penal.

Se provida a apelação, para que fique resguardado o sistema acusatório, o Tribunal deverá remeter os autos ao Procurador-Geral para que ele determine o ajuizamento ou não da ação penal.

Entendo, ainda, que, nos dois casos, o magistrado que atuou no primeiro grau de jurisdição ficaria impedido de exercer a jurisdição na ação penal que, eventualmente, viesse a ser instaurada em razão do desarquivamento ou do provimento do recurso interposto pelo Ministério Público (art. 581, I, do CPP) nos termos do art. 252, III do CPP, observando-se, em relação ao órgão de atuação do *Parquet*, no que couber, o mandamento legal contido no art. 258 do CPP.

Setembro de 2006

A ação penal no projeto de Código de Processo Penal¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Dando seguimento aos estudos que venho fazendo sobre o Projeto de CPP², pretendo ocupar-me, agora, a respeito da ação penal. Ela vem tratada no Título III do Livro I, que versa sobre a persecução penal, que, ao lado dos princípios fundamentais, regula, também, a fase preliminar da investigação criminal, em que sobreleva o inquérito policial (art. 8º a art. 44).

2. Assinale-se, desde logo, que, no Projeto, ação penal é versada no art. 45 a art. 52. Como de fácil observação, o Código atual ocupa-se da matéria nos arts. 24 a 62 e tal amplitude se explica, principalmente, porque nele encontram-se vários dispositivos relacionados com a ação penal de iniciativa privada, agora escoimados do Projeto.

Não há mais porque falar, no decorrer da persecução penal, em delitos públicos, semi-públicos e privados.

Nas bases conceituais esposadas no Projeto, como assinala a “Exposição de Motivos”, e no estágio atual de desenvolvimento do Direito Penal, não haverá lugar para uma ação penal que esteja à disposição dos interesses do particular, ainda que ele seja a própria vítima. Por tal motivo, se o problema reside em evitar a publicidade em torno do fato basta a adoção da ação penal pública condicionada, posição que, há muito, defendíamos e que veio a ser adotada agora no Projeto. Dessa maneira, ao mesmo tempo em que se assegura à vítima o direito de representar (sem os inconvenientes da queixa), caso ela não deseje o *strepitus fori* bastará quedar-se inerte, deixando de provocar a iniciativa do *Parquet*.

3. A ação penal será *sempre* pública, facultando a lei a ação pública condicionada à representação da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la (nos termos da lei civil). É mantido o prazo decadencial comum de seis meses, contado do dia em que se identificar a autoria do crime (art. 45 do Projeto).

4. O art. 46 do Projeto, igualmente, prevê novidades. A primeira se situa quando indica os casos em que caberá a ação condicionada à representação. Tal se dá nos

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 44, p. 117-125, abr./jun. 2012.

² O atual Projeto de CPP (originário do Senado Federal, nº 156, de 2009) resultou do Anteprojeto de CPP elaborado pela comissão presidida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, tendo como Secretário-Geral, Eugênio Pacelli de Oliveira, e como demais integrantes: Antônio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

“crimes de falência” bem como naqueles praticados contra o patrimônio (material ou imaterial) nas seguintes condições: quando dirigidos exclusivamente contra bens jurídicos do particular ou se levados a efeito sem violência ou grave ameaça contra a pessoa, respectivamente. Algumas observações: a indicação dos crimes feita pela lei no art. 46, não exclui outros casos previstos na lei penal material em que somente se procede mediante representação; outra referência importante é que o dispositivo não se aplica ao crime quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, do Estado ou do Município. Nestes casos, pouco importam as demais circunstâncias, a ação penal será sempre pública incondicionada. Por sinal, o art. 46 deixa claro que os crimes a que se refere sejam dirigidos *exclusivamente* contra bens jurídicos de particular. Igualmente, vem expresso no parágrafo primeiro do art. 46 do Projeto que a representação é uma peça informal, não passando de mera autorização para a persecução penal, podendo a vítima dela se retratar até o oferecimento da denúncia. A doutrina e a jurisprudência já haviam, faz muito, consagrado entendimento no sentido da dispensa de formalidades para aquela condição de procedibilidade. Agora, a própria lei o diz. Quanto à parte final do dispositivo, o Projeto mantém o que já consta do art. 25 do CPP.

Problema interessante consiste em saber o momento em que a denúncia é oferecida. Ele se dá, segundo penso, quando a inicial de acusação sai do gabinete do Promotor de Justiça e ingressa no cartório do Juízo onde irá tramitar a ação penal. A data constante da denúncia não vale, por si só, como critério para indicar o seu oferecimento, caso ela não seja encaminhada ao cartório respectivo, através dos registros próprios. Em suma: quando ela ganha publicidade, deixando de ser mera criação intelectual de seu autor.

Outra inovação digna de nota vem contemplada no art. 46, parágrafo segundo, do Projeto. Ela faz referência aos crimes indicados no caput do art. 46. Naqueles casos, *ainda que já proposta a ação*, desde que a lesão seja de menor expressão econômica, a conciliação entre autor do fato (acusado) e a vítima implicará em causa de extinção da punibilidade, desde que fique comprovada a recomposição civil do dano.

Abre-se, aqui, uma exceção ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública, desde que satisfeitas *todas* as condições referidas no parágrafo segundo em exame. Caberá ao juiz, diante do caso concreto, examinar até que ponto a lesão tenha sido de pequena expressão econômica, tendo em conta os diversos fatores que a informam na hipótese.

Aliás, o art. 45, parágrafo único, do Projeto, da mesma forma, previra uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, ao permitir nos casos de ação penal condicionada, em ocorrendo a morte da vítima, o juízo discricionário do Parquet quanto a intentar ou não a demanda.

5. O art. 47 do Projeto contém preceito normativo que toca de perto com o Ministério Público e consagra, sem o dizer expressamente, a viabilidade da *investigação direta* pelo *Parquet*. Trata-se da iniciativa de qualquer do povo apresentar ao Ministério Público elementos informativos para o ajuizamento da ação penal pública, não se

exigindo qualquer investigação criminal preliminar para o seu exercício. Aqui, ganha sentido uma observação: a iniciativa de qualquer pessoa do povo só tem lugar quando o fato criminoso ensejar a propositura de ação penal pública incondicionada.

6. Ao lado da possibilidade do ajuizamento da ação penal com base na investigação direta levada a efeito pelo próprio Ministério Público, prevê o art. 48 do Projeto a possibilidade da requisição direta de documentos complementares ou de quaisquer “elementos de convicção” para instruir seus procedimentos criminais nos termos do indicado na respectiva Lei Orgânica³.

Aliás, quem pode o mais, pode o menos. Se o *Parquet* pode investigar diretamente é mais que evidente que possa requisitar diretamente “quaisquer elementos de convicção” para instruir seus procedimentos criminais. Tal requisição pode ser dirigida não só ao poder público como também a qualquer particular.

7. O art. 49 do Projeto expressa um controle externo quanto à observância do princípio da obrigatoriedade por parte do Ministério Público. Havendo inércia da parte do *Parquet*, confere-se uma legitimação extraordinária ao particular para a propositura da ação penal. Haverá inércia quando o Ministério Público não intentar a ação nem se manifestar no prazo previsto em lei para fazê-lo. Dá-se, então, a ação penal pública subsidiária. Incumbe salientar que “qualquer do povo” não poderá intentá-la; somente a vítima ou, no caso de sua incapacidade, seu representante legal estará legitimado a atuar. Outra advertência que se impõe registrar é que a ação subsidiária fica sujeita a prazo de decadência (6 meses), contado da data em que se esgotar o prazo do Ministério Público. É importante ter em mira que a decadência só atinge o particular, jamais o Ministério Público. Assim, extinta a punibilidade pela decadência para o particular, o *Parquet*, a todo tempo, poderá propor a ação penal desde que não sobrevenha outra causa de extinção da punibilidade, como, por exemplo, a prescrição. Não mais poderão agir, movendo a queixa substitutiva, o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão tal como ocorre no art. 31 do Código em vigor.

O parágrafo primeiro do art. 49 do Projeto contempla a hipótese de oferecimento da queixa subsidiária, cogitando também das opções que, em tal circunstância, se abrem ao Ministério Público. Vejamos, por primeiro, o aditamento⁴.

Aditar significa somar, acrescentar, acrescentar. O ato de aditamento por parte do Ministério Público pode ser objetivo e/ou subjetivo. Ele é objetivo quando o *Parquet* acrescenta outra infração penal não contida explícita ou implicitamente na queixa ou, ainda, quando agrava o tipo penal noticiado na inicial, mas que nela, da mesma forma, não se encontrava sequer narrado. Exemplo: a queixa cuida de um furto qualificado, mas

³ No MP do Estado do Rio de Janeiro vide a Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e Lei Complementar 106/2003 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro).

⁴ Dados colhidos, em parte, do meu estudo “A queixa subsidiária – Questões Controversas” in “Revista da AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil”, ano 18, nº 62, julho-setembro, 1999.

se omitiu quanto ao crime de desacato que àquele outro delito se seguiu. O aditamento, aqui, será objetivo. Ou ainda: a queixa trata de um furto simples, mas os autos retratavam um furto qualificado. Também aqui, o aditamento incluindo a qualificadora, será objetivo. Antônio e João cometeram um roubo, porém a exordial da vítima só imputou ao primeiro a conduta típica. Cabe ao Ministério Público aditar a queixa para nela incluir o segundo. Aqui estaremos diante de um aditamento subjetivo. É que o princípio da indivisibilidade é decorrência lógica e insuperável do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

O aditamento, no regime do projeto, apresenta uma peculiaridade: é que ele só poderá ocorrer “com ampliação da responsabilização penal”. Portanto, veda-se o aditamento meramente retificador, desde que ele importe em restrição à acusação antes formulada ainda que defeituosa. É interessante observar que o aditamento ainda vem a ser versado quando da fase da sentença (art. 408, do Projeto). Porém, esta é matéria a ser tratada em sede própria, escapando o seu estudo ao presente momento processual.

Como se fará o aditamento?

Penso que ele deverá obedecer às mesmas exigências da denúncia, pois, uma vez recebido o aditamento, o acusado passará a defender-se do fato narrado pela nova inicial, que conterà, entre outros requisitos, necessariamente, com uma acusação mais grave, havendo, pois, nova *causa petendi*.

Portanto, quando o Ministério Público adita a queixa substitutiva, assume, sem sombra de dúvida, a posição processual de parte, retomando, desde logo, a sua posição originária. Aliás, tal se dá, igualmente, quando retoma a acusação em caso de negligência do querelante (art. 49, parágrafo segundo, do Projeto).

Não cogitou o Projeto do “repúdio à queixa”, tal como ocorre no atual art. 29 do CPP. Isto faz com que a queixa recebida poderá merecer aditamento, ou, ainda, sofrerá, se for o caso, indeferimento (art. 253 e seu parágrafo único, do Projeto), sendo, nesta última situação, causa de extinção do processo *sem* resolução do mérito (art. 255, I, do Projeto). Agora, uma nota relevante: não havendo resolução de mérito, a ação poderá vir a ser proposta, desde que corrigido o defeito que motivou o seu indeferimento (art. 253 do Projeto).

O parágrafo único do art. 253 do Projeto, contém, ao seu final, ao tratar a respeito da inépcia da denúncia ou da queixa, alusão à “deficiência no seu cumprimento” que importe em dificuldade para o exercício da ampla defesa. Quero crer que houve erro de impressão, pois ao invés de “cumprimento”, o legislador pretendeu referir-se ao vocábulo compreensão. Mesmo assim, o art. 253, I, do Projeto já resolveria a questão, uma vez que ocorrendo tal circunstância a peça acusatória seria inepta, acarretando seu indeferimento liminar.

Aludimos acima que o aditamento deverá obedecer às mesmas exigências da denúncia. Tais requisitos são encontrados no art. 258 do Projeto.

Como já escrevi⁵ 4, ao comentar o art. 41 do atual CPP, a inicial de acusação, em nosso alvedrio, estaria melhor definida, quanto aos seus requisitos, da seguinte maneira:

I – o juiz ou tribunal a que é dirigida;

II – a qualificação do acusado ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo;

III – o fato imputado ao acusado com todas as circunstâncias;

IV – a classificação da infração penal;

V – o requerimento de citação do réu;

VI – o pedido de condenação ou de pronúncia;

VII – a indicação das provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos;

VIII – o local e a data da denúncia ou queixa;

IX – a assinatura e a identificação do órgão do Ministério Público dotado de atribuição (ou do advogado do próprio querelante, quando revestido de habilitação técnica, nos casos de queixa substitutiva).

O Projeto não previu prazo para o aditamento. Assim, no meu entendimento, o prazo para o acréscimo da acusação deverá ser igual ao necessário para o oferecimento da denúncia (art. 51 do Projeto), pois o aditamento, na realidade, nada mais é que uma acusação acrescida, na forma explicitada acima. É de ser observado que nada impede o aditamento posterior da acusação, já agora no curso da instrução criminal, desde que fato novo venha a exigir a providência.

O art. 49, parágrafo segundo, prevê a intervenção *necessária* do Ministério Público em todos os termos do processo por tratar-se de ação pública, determinando, do mesmo passo, em caso de negligência do querelante, a retomada da acusação pelo *Parquet*. É que a preempção só ocorre nos casos de ação privada.

Já o parágrafo terceiro do art. 49 estabelece que a queixa será subscrita por advogado, pois, como é curial, o ingresso das partes em júízo tem que se dar por meio de bacharel em direito inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Além do mais, há uma razão doutrinária para a exigência legal; é que o contraditório, exigido pela Constituição Federal, terá sempre que ser homogêneo, garantindo a paridade de armas entre as partes.

Por outro lado, a queixa, como é natural, sendo a petição inicial da ação penal subsidiária, terá que conter todos os requisitos relativos à denúncia (no que couber, evidentemente). Caso a vítima não disponha de condições para a constituição de

⁵ A Técnica da Denúncia, in “Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro”, volume 5, nº 19, pp. 207 e seguintes, 2002.

advogado, o juiz lhe nomeará um para promover a ação penal. Aqui, no Rio de Janeiro, dispomos de Defensoria Pública para prover aquela circunstância. Estes são os ditames do art. 49, parágrafo terceiro, do Projeto.

8. Ainda no art. 49, parágrafo primeiro, ao lado do aditamento, o Projeto previu a ocorrência do oferecimento de denúncia substitutiva sem possibilidade de restringir a imputação originária.

Que vem a ser denúncia substitutiva da queixa?

A lei usou, com inteira propriedade, a locução “denúncia substitutiva” justamente para indicar que a denúncia irá ocupar a posição processual da queixa rejeitada mediante decisão coberta pelo manto da preclusão. Ela passará a ser a nova inicial de acusação, afastando a queixa. É interessante observar a inversão de posições que, novamente, torna a ocorrer em relação à parte autora da ação penal. Com efeito, o Ministério Público é o legitimado ordinário para propor a ação penal pública, até mesmo por imperativo constitucional (art. 129, I da Constituição Federal). Porém, em face da sua inércia (art. 49 do Projeto), vê-se substituído pela vítima ou seu representante legal (legitimado extraordinário), que assume a condição de parte autora. Pois bem: com a denúncia substitutiva, o *Parquet* readquire, plenamente, aquela posição, retomando a condição de parte principal. Tal se dá, da mesma forma, com o aditamento. No entanto, neste o querelante continua no processo, formando-se, então, um litisconsórcio ativo necessário. Já quando ocorre a denúncia substitutiva, o querelante já foi expungido do processo.

Desnecessário dizer que a denúncia substitutiva deve conter os requisitos formais de uma petição inicial de acusação e, uma vez oferecida, terá, normalmente, que ser recebida mas é pouco provável que o juiz não venha acolhê-la, tendo em conta que se a autoridade judiciária endossou antes as ponderações do Ministério Público é porque entendia incabível a queixa. Porém, caso a denúncia substitutiva venha a ser rejeitada, caberá ao Ministério Público recorrer da decisão. O recurso cabível será o de apelação (art. 471 do Projeto). No caso do Ministério Público, o prazo para a interposição do apelo obedecerá a regra constante do art. 137, parágrafo segundo, do Projeto.

Ainda em termos de denúncia substitutiva, impõe-se destacar a limitação que veda a possibilidade de redução da imputação constante da inicial acusatória. Parece-me cláusula impossível de ser cumprida, pois, como já registrado, para que a denúncia substitutiva possa ser proposta torna-se necessário que a queixa, na ação penal subsidiária, tenha sido rejeitada mediante decisão protegida pela preclusão. Dessa forma, a queixa não mais subsiste, dando ensejo, agora, ao *Parquet* a ampla possibilidade de acusar como lhe parecer adequado. É situação diversa do aditamento, pois neste a queixa é, apenas, complementada (7, *supra*).

9. Há uma inovação constante do art. 50 do Projeto. O referido dispositivo, embora consagrando, como regra geral, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, consequência lógica do princípio da obrigatoriedade, admite seja ele mitigado.

A primeira hipótese dá-se no art. 45, parágrafo único, do Projeto. Já tivemos a ocasião de examiná-la (4, *supra*). Ela ocorre no caso de morte da vítima. É certo que o referido dispositivo está voltado para o princípio da obrigatoriedade, ao usar a expressão a ação penal poderá ser *intentada*. Ora, a simples referência feita àquele parágrafo, agora ao tratar da indisponibilidade da ação penal (art. 50 do Projeto), bem demonstra que, no caso de morte da vítima nas ações penais condicionadas à representação, a ação penal só ganhará *seguimento* “a juízo discricionário do Ministério Público”. Outra limitação à indisponibilidade vem indicada no art. 46 c/c art. 50 ambos do Projeto. Na verdade, a exceção consta do parágrafo segundo do art. 46 do Projeto, ocorrendo nos casos em que a lesão causada seja de pequena expressão econômica, ainda que a *ação penal já tenha sido proposta*, bem assim que tenha havido conciliação entre o autor do fato e a vítima. Sujeita-se, porém, a uma outra condição: a recomposição civil do dano, desde que devidamente comprovada. Uma vez satisfeitas *todas* as exigências da lei dar-se-á a extinção da punibilidade. Anote-se, à guisa de complementação, que o parágrafo segundo, como é óbvio, subordina-se ao, *caput* do art. 46 do Projeto. Dessa maneira, só incidirá “nos crimes de falência” e nos delitos “contra o patrimônio, material ou imaterial” desde que a vítima seja o *particular* e quando praticados *sem violência ou grave ameaça contra a pessoa*. Que fique bem claro: as exceções a que se refere o art. 50 do Projeto só são admitidas nos casos de ação pública condicionada à representação.

10. O art. 51 do Projeto não traz qualquer novidade expressiva pois cogita dos prazos para o oferecimento da denúncia e deve ser combinado com os arts. 258 e 302, II. Há um dado interessante no art. 51, parágrafo único, ele não mais se refere a inquérito policial, mas sim à investigação preliminar. Dessa maneira, qualquer peça de investigação revestida de idoneidade serve como suporte fático para a acusação, inclusive, evidentemente, a chamada investigação direta levada a efeito pelo Ministério Público.

11. O Título III, “da Ação Penal”, ganha encerramento com regramento que não merece qualquer comentário especial por ser tradicional em nosso direito processual (art. 52 do Projeto). Entretanto, fora dele, mais precisamente no art. 256, II do Projeto, contém conotação doutrinária interessante, ao examinar as causas de extinção do processo. Registra que a extinção da punibilidade é causa da extinção do processo com resolução de mérito, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

12. Quais são as principais novidades trazidas para o Projeto, no Título III, do Livro I, quando ele se ocupa da ação penal (art. 45 a art. 52)?

12.1. O fim da ação de iniciativa privada, substituída, com vantagem, pela ação penal pública condicionada à representação, posição que sempre defendemos em diversas oportunidades. Era, de fato, condenável a sua total disponibilidade, dando à vítima irrefreável controle sobre a queixa.

12.2. Em consequência do exposto (12.1) a ação penal será *sempre* pública.

12.3. No caso de morte da vítima, a ação penal condicionada poderá ser intentada a juízo discricionário do Ministério Público. Mitiga-se, destarte, o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Haverá, assim, da parte do *Parquet* uma apreciação a respeito da conveniência ou não da propositura da ação penal.

12.4. Cria-se um novo e esdrúxulo prazo de decadência. O primeiro, comum de 06 (seis) meses, contado do dia em que se identificar a autoria do crime (art. 45 do Projeto) e o segundo quando, concluídas as investigações, a vítima for intimada para, no prazo de 30 (trinta) dias, ratificar a representação, sob pena de decadência (art. 46, parágrafo terceiro do Projeto). Torna-se evidente que tal só se dará nos casos de ação condicionada.

12.5. Não mais se cogita da requisição como condição de procedibilidade (art. 45 do Projeto), ao contrário do que dispõe o atual art. 24 do CPP.

12.6. O princípio da indisponibilidade da ação penal pública também comporta exceção, em consonância com o que ocorre com o princípio da obrigatoriedade (12.3) conforme atesta o art. 50 do Projeto. Como não poderia deixar de ser a indisponibilidade da ação penal pública continua sendo a regra geral (3 e 9 *supra*).

12.7. É assegurada a investigação direta do Ministério Público, sem a exigência, portanto, do inquérito policial ou de qualquer outra investigação (5, *supra*).

12.8. É mantida a ação penal subsidiária nos casos de inércia do Ministério Público (art. 49 do Projeto), especificando a lei que somente a vítima ou seu representante legal poderá intentá-la, excluindo peculiaridades que constavam do art. 29 do CPP (7 e 8 *supra*).

13. São estas algumas despreziosas anotações que tínhamos a fazer em relação às modificações ocorridas no Projeto de CPP, em elaboração nas Casas Legislativas, no que respeita à ação penal.

22.12.2011

A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do Código de Processo Penal¹

Sergio Demoro Hamilton

I – A situação atual

O Código de Processo Penal em vigor, muito embora não o registre, de forma expressa, em qualquer dispositivo, adotou, iniludivelmente, o princípio da obrigatoriedade pura da ação penal pública.

Com efeito, a regra inserta no art. 24 da lei adjetiva em questão não autoriza ao exegeta outra interpretação, ao salientar que “nos crimes de ação pública, esta *será promovida* por denúncia do Ministério Público”.

O douto professor HELIO TORNAGHI, ao focalizar o dispositivo referido, bem situa a matéria ao acentuar: “O Código consagra ainda a regra da *obrigatoriedade* da ação penal, traduzida na expressão *será promovida*.”

Não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não mover a ação”. (*cf.* *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, Tomo II, pág. 44, “Edição Revista Forense”, Rio, 1956).

Na medida em que o estudioso se aprofunde no exame da lei, verá que nosso Código, como seqüela de obrigatoriedade, esposou, igualmente, o princípio da indesejabilidade, consubstanciado no artigo 42.

Apesar da grande maioria dos tratadistas, inclinar-se em favor do dogma da ação penal pública obrigatória, o itnsigne JOSÉ FREDERIDO MARQUES, invocando razões de natureza doutrinária, pretendeu temperar o rigor do princípio da legalidade.

Como sabido, em face do princípio da obrigatoriedade pura, é dever do Ministério Público promover a ação penal sem inspirar-se em motivos de utilidade social ou razões política criminal.

Por tal razão, aliás, é que são muitos limitados, pela própria lei, os casos em que o juiz pode rejeitar a denúncia (art. 43 C.P.P.).

Ao analisar preleção do Desembargador EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, salientara, então, o autor do anteprojeto do Código de Processo Penal:

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, nº 19, p. 29-35, jan./jun. 1974.

“Agora, porém, no entender do citado magistrado, o Cód. Proc. Penal autoriza que assim se proceda, visto que o art. 28 fala no arquivamento aludido a *razões invocadas* pelo órgão do Ministério Público, que o juiz examinará se são ou não procedentes. Ora, não dizendo a lei processual que *razões* são essas, nada impede que o Ministério invoque motivos de oportunidade condizentes com que exige o bem comum.

Parece-nos de indiscutível acerto esse raciocínio. A expressão *razões invocadas*, do art. 28 do Cód. Proc. Penal, pelo seu caráter vago e indefinido, constitui um desses conceitos válvulas com que se permite ao juiz fazer penetrar os mandamentos da equidade rígida contextura normativa do direito escrito, para que o Judiciário, na aplicação da lei, atenda *aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, consoante o que dispõe o art. 5º, da lei de Introdução ao Código Civil” (*in*: “O Estado de São Paulo”, de 11-8-57 *apud* “Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal”, DARCY ARRUDA MIRANDA, vol. IX, págs. 106/109, “Editora Revista dos Tribunais Ltda.”, São Paulo, 1963).

Na verdade, não são poucos os promotores que, movidos, principalmente, por razões de ordem prática e humana, adotam tal critério sob a inspiração da equidade.

Tais razões são do conhecimento de todos que militam no fôro. O princípio da legalidade, se adotado com a rigidez que a lei pretendeu, redundaria, muita vez, em prejuízo para a causa da justiça, frustrando os fins sociais a que a lei se destina bem como desatendendo às exigências do bem comum.

Exemplo sensível de tal estado de coisas seria a ação penal proposta em decorrência de incidente doméstico envolvendo parentes, o processo que tivesse como suporte fático a briga entre marido e mulher, onde resultasse lesão corporal leve, e tantos outros casos semelhantes com que se defronta o Promotor no dia a dia do exercício de suas atribuições.

Propor a ação penal naquelas circunstâncias, seria reabrir velhas chagas já cicatrizadas, reavivar ódios já apaziguados, muito mal amparando os superiores interesses sociais que a lei procurou resguardar.

O Pretório Maior, ao que parece sensibilizado pelas lições de EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA e de JOSÉ FREDERICO MARQUES, já decidiu no sentido da orientação preconizada pelos ilustres professores.

Dada a importância da decisão, cumpre registrá-la:

“Lesões corporais leves. Incidente doméstico. Ausência de justa causa. Unanimemente, concedeu o S.T.F. o *h.c.* nº 48.812, declarando a ausência de justa causa para a ação penal em face de pequeno conflito entre ex-amantes, no domicílio do homem, ao fim do qual ambos ficaram levemente feridos. Ferimentos levíssimos sofreram igualmente dois filhos menores da mulher, que a acompanhavam na ocasião. O conflito surgiu quando a mulher, com os filhos, penetrou na casa do ex-amante, lá pretendendo permanecer. Foi ela denunciada por invasão de domicílio e o homem, por lesões corporais culposas, resultante este crime de excesso de legítima defesa”. (*cf.* Rev. Trim. Jurispr., 36/-137, *apud* “Jurisprudência Criminal”, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, nº 54, págs. 45/47, “Forense”, Rio, 1968).

A decisão em questão mereceu acertado juízo crítico da parte do eminente professor HELENO CLAUDIO FRAGOSO, que, entre outras considerações, teve a oportunidade de salientar:

“Nosso direito vigente não oferece solução para os casos que a ação penal é anti-social, desatendendo aos interesses da justiça penal. Esta solução tem de ser buscada fora da lei; seja através da inércia da autoridade policial, seja pelo arquivamento do inquérito, seja pela absolvição por *falta de provas*. A decisão do S.T.F. coloca a questão em outro plano, à procura de uma causa supra-legal e excepcional de inexistência de crime, na qual a doutrina nada tem a oferecer. (*in: op. cit.* página 47).

Sem embargo das considerações expendidas pelo ilustrado professor JOSÉ FREDERICO MARQUES no sentido da adoção do princípio da obrigatoriedade relativa pelo atual Código de Processo Penal, ousamos dissentir do eminente tratadista.

Na verdade, a grande maioria dos nossos processualistas sempre sustentou o postulado da obrigatoriedade da ação penal pública como consagrado em nosso direito positivo. Entre outros, assim pensam HELIO TORNAGHI, J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA e GALDINO SIQUEIRA.

Ao contrário do que sustenta o douto autor do anteprojeto, “as razões invocadas”, a que se refere o art. 28, não têm caráter vago e indefinido. As razões invocadas só podem ser as do art. 43 do Código de Processo Penal. A falta de uma das condições da ação, ali enumeradas, tornaria o Ministério Público carecedor de ação, motivando a rejeição da inicial por parte do Estado-Juiz.

O nosso Código do Ministério Público (Lei 3.434, de 20-7-58), que é lei federal, podendo, portanto, conter regras processuais, igualmente, não deixa dívida a respeito

da vigência do princípio da obrigatoriedade pura em nosso direito. (art. 10 da Lei 3.434 de 20-7-58).

Quais seriam, então, os casos em que o órgão do Ministério Público deixaria de promover a ação penal?

1º – Quando não estiver caracterizada a infração penal.

2º – Quando não existirem indícios da autoria.

3º – Quando estiver extinta a punibilidade ou faltar condição exigida em lei para o exercício da ação penal.

Fora das causas acima enumeradas outras não existem. Em consequência, as razões invocadas para o pedido de arquivamento só podem referir-se a uma daquelas hipóteses.

Mas o argumento decisivo em prol da vigência em nosso direito positivo do princípio da legalidade pura, dá-nos o ilustre professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO no seu apreciado “Processo Penal”, sem favor um dos mais completos e atualizados trabalhos a respeito da matéria.

A lição merece registro:

“...o recente Código Eleitoral, no art. 342, erigiu à categoria de crime a não apresentação da denúncia pelo Órgão do Ministério Público, no prazo legal. E, por outro lado, dispõe o art. 357 do mesmo diploma: *verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de 10 dias.*

Pois bem: esse mesmo diploma adotou, no § 1º do art. 357, com as mesmíssimas palavras, a regra do art. 28 do Cód. de Proc. Penal. Ora, se verificada a infração, o Órgão do Ministério Público deve oferecer a denúncia no prazo legal, sob pena de ser responsabilizado criminalmente, como se concebe possa requerer o arquivamento uma vez verificada a infração penal? Evidentemente a expressão *razões invocadas* inserta no art. 28 do Cód. de Proc. Penal bem como no § 1º do art. 357 do Código Eleitoral, significa que, quando do pedido de arquivamento, “deve o Órgão do Ministério Público fundamentar o seu pedido, expendendo as *razões* que o levaram a não oferecer denúncia. Ele tem o dever de oferecê-la. Mas entendendo não ser caso de denúncia (o fato investigado é atípico, é desconhecido o autor da infração, *e.g.*) deve dizer, fundamentadamente, porque não o faz”. (*in: op. cit.* vol. I, pág. 272, “Edição Jalovi”, 1972).

Diante dos argumentos aduzidos, pensamos que o nosso Código optou, de maneira indiscutível, no sentido da adoção do princípio da obrigatoriedade pura quando da propositura da ação penal pública.

II – A consagração do princípio da obrigatoriedade relativa pelo anteprojeto

Ao tratar da ação penal, a Exposição de Motivos do anteprojeto declara “condição indeclinável para a propositura da ação penal, o legítimo interesse ou justa causa, identificando esta com a existência de fundamento razoável para a acusação”.

Com efeito, dispõe o art. 10 que nenhuma ação penal, pública ou privada, será proposta sem legítimo interesse ou justa causa, acrescentando o parágrafo único do aludido dispositivo que a falta de fundamento razoável para a acusação motivará a rejeição, de plano, da inicial por ausência de justa causa.

Cogita-se, não resta dúvida, da adoção pelo anteprojeto do princípio da obrigatoriedade mitigada, preconizado pelo autor do trabalho, como bem concluiu WALDEMIR DE OLIVEIRA LINS (*cf.* – “Da função do Ministério Público na repressão do crime”, *in*: “Revista de Direito Penal” nº 6, 1972, págs. 65/80).

Ao enfocar as condições de procedibilidade, volta a lei a prescrever que, para a propositura da ação penal, torna-se necessário o princípio da oportunidade pura e simples.

A leitura dos dispositivos em questão poderia levar à interpretação apressada de que o anteprojeto pretendeu consagrar o princípio da oportunidade pura e simples.

Não pode haver dúvida de que a largueza de conceitos emitidos pela lei pode, *prima facie*, ensejar a que se vislumbre a adoção da oportunidade imoderada, ficando o Ministério Público com arbítrio absoluto para arquivar as peças de informação.

Haverá, não se pode negar, um juízo sobre a conveniência ou não da propositura da ação penal, baseado na existência ou não de fundamento razoável para a acusação, juízo que a lei atual não autoriza.

Mas o princípio norteador continuará sendo o da obrigatoriedade. Suavizado, sujeito a critérios de mitigação ou de conveniência, mas nunca a regra da oportunidade.

O exame cuidadoso da lei não pode levar o intérprete à conclusão diversa.

Na realidade, o art. 5º, § 1º, estabelece que a ação penal pública “será promovida” pelo Ministério Público, não se afastando, nesse ponto, da orientação do direito positivo em vigor.

Ao dizer que a ação “será promovida”, o anteprojeto deixa claro que o sistema adotado continuará sendo o da obrigatoriedade, sujeito a temperamentos que a própria lei indicará no art. 10.

Não afirma o art. 5º, § 1º que a ação penal poderá ser promovida, mas, ao revés, estabelece para o Ministério Público a obrigação de promovê-la.

Não só: o arquivamento pretendido pelo Órgão do Ministério Público ficará, sempre, sob o controle dos órgãos superiores da Instituição, conforme dispõe o art. 267. Será, sempre, o Conselho Superior do Ministério Público que dará a última palavra a respeito do arquivamento ou não das peças que venham a constituir a *informatio delicti*.

A providência em questão seria destituída de sentido, e até mesmo contraditória, caso o anteprojeto pretendesse adotar o princípio da oportunidade.

Ora, bastará a análise de tais dispositivos para que se possa concluir que o anteprojeto não pretendeu adotar o princípio da oportunidade.

Quando da aplicação prática da lei é que se poderá encontrar, em face do caso concreto, resposta adequada para uma série de indagações, tendo em vista a aparente amplitude de expressões encontradas no art. 10.

Quando uma acusação será destituída de fundamento razoável a ponto de merecer rejeição, de plano, por ausência de justa causa?

Já insinuamos, linhas acima, alguns exemplos colhidos da nossa vivência forense, que parecem traduzir o espírito do anteprojeto quando alude à falta de “fundamento razoável” para a acusação.

Analisando a questão, em tese que apresentaram no I Congresso do Ministério Público do Estado do São Paulo, e onde a matéria aqui versada ganhou excelente tratamento, RONALDO ANTONIO BOTELHO e MÁRIO CÂNDIDO DE AVELAR FERNANDES formulam um bom exemplo de ação penal anti-social: “Qual o interesse do Estado em levar às barras dos tribunais o agente criminoso em sobrevida consequente de moléstia cancerosa, com o desenlace aguardado para qualquer momento, apenas porque se lhe imputou a prática do delito de lesões corporais?” (*cf. Justitia*, Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, volume II, pág. 64).

Pretendendo responder à indagação por nós formulada, diríamos que o anteprojeto tem em mira evitar a ação penal anti-social, norteando-se pela norma de superdireito inserta no art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, tal como preconizado pelo próprio autor do anteprojeto.

Ensejou-se, destarte, ao Ministério Público a oportunidade de, em face do caso concreto, emitir, *hic et nunc*, um juízo de valor a respeito da propositura da ação penal, atento às condições pessoais do indiciado, à repercussão social do fato típico e à natureza da infração penal.

Ao adotar o princípio da obrigatoriedade relativa, condicionando o ajuizamento da ação penal pública a razões de política criminal, o anteprojeto inovou, parecendo-nos experiência válida que muito poderá contribuir para a melhor distribuição da justiça penal.

A Técnica da Denúncia¹⁻²

Sergio Demoro Hamilton

1. A petição inicial no processo penal tem nome: denúncia ou queixa. A primeira, reservada ao Ministério Público, é própria dos crimes de ação penal pública (art. 24 do CPP), ao passo que a segunda figura como exordial de acusação nos crimes de ação penal de iniciativa privada (arts. 30 e 31 do CPP) bem como nos casos da impropriamente chamada ação privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), na verdade uma ação pública iniciada pelo particular legitimado a agir³. Sabe-se, outrossim, ser função institucional do Ministério Público a de promover ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I, da CF), observada a ressalva estabelecida no próprio corpo do Texto Magno (art. 5º, LIX). No processo civil, ao contrário, o art. 282 não empresta qualquer designação especial para o ato instaurador da demanda. O veículo da manifestação formal da demanda é a petição inicial, que, no dizer de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁴, “revela ao juiz a lide e contém o pedido da providência jurisdicional, frente ao réu, que o autor julga necessária para compor o litígio.” O processo penal, porém, tradicionalmente, sempre conferiu nomeação para a inicial de acusação. Explica-se a dicotomia terminológica pelo fato de haver no processo penal a divisão entre ação pública e ação privada.

2. Os requisitos formais tanto da denúncia como da queixa vêm indicados no art. 41 do CPP. O aludido dispositivo tratou da importante matéria processual – nada mais, nada menos, que a petição inicial! – com rara pobreza. No estudo que empreendemos a respeito da reforma do processo penal, sugerimos redação assemelhada àquela constante do art. 282 do CPC, buscando aperfeiçoar a escassez da redação atual⁵.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 16, p. 187-212, jul./dez., 2002.

² Verão de 2002.

³ Os reparos à designação ação privada subsidiária da pública mereceram análise crítica detalhada em meu trabalho “A queixa subsidiária. Questões Controversas”, in *Revista da AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil*, ano 18, nº 62, julho-setembro, 1999.

⁴ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR in *Curso de Direito Processual Civil* vol. I, p. 355, 20ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1997.

⁵ Proposta apresentada pela Comissão constituída pelo Ato nº 1331, de 08/IX-1997, do então Procurador-Geral de Justiça, *Hamilton Carvalho*, destinada a ofertar sugestões relacionadas com a “Reforma do Código de Processo Penal”. Compunham a aludida Comissão os Procuradores de Justiça *Sergio Demoro Hamilton* (Presidente) e *José Muiños Piñeiro Filho*, bem como os Promotores de Justiça *Afrânio Silva Jardim*, *Alexandre Vianna Schott* e *Rogério Pacheco Alves*. As indicações então elaboradas foram encaminhadas ao Sr. Ministro da Justiça de então, *Iris Rezende Machado*, bem como ao Sr. Ministro *Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*, do Supremo Tribunal Federal, valendo como sugestões oficiais do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que foram endossadas pelo Procurador-Geral.

Assim é que a inicial da acusação, em nosso alvedrio, deveria conter:

- I – o juiz ou tribunal a que é dirigida;
- II – a qualificação do réu ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo;
- III – o fato imputado ao réu com todas as suas circunstâncias;
- IV – a classificação da infração penal;
- V – o requerimento de citação do réu;
- VI – o pedido de condenação ou de pronúncia;
- VII – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos;
- VIII – o local e a data da denúncia ou queixa;
- IX – a assinatura e a identificação do órgão do Ministério Público dotado de atribuição (ou do advogado ou do próprio querelante, quando revestido de habilitação técnica, nos casos de queixa).

Basta estabelecer um cotejo, ainda que superficial, entre a proposta acima e o precário art. 41 do CPP para que se observe, com rara facilidade, como o atual Código deixa a desejar em relação a uma peça processual de tamanha relevância. É com base na proposta acima que cuidaremos da matéria. Ela nos servirá como roteiro.

3. No presente estudo, estaremos voltados, basicamente, para o exame dos requisitos formais da denúncia, dada a sua maior incidência, pois, em regra, a ação penal é pública (art. 100 do CP), embora, eventualmente, tenhamos que fazer referência à queixa, dada a assemelhação de pontos comuns, pois ambas, repita-se, servem para designar a petição inicial no processo penal, tanto que o art. 41 do CPP engolfa a denúncia e a queixa em único dispositivo.

4. O juiz ou tribunal a que é dirigida.

A denúncia deve ser direcionada a uma autoridade judiciária, seja ela um juiz de direito (caso mais comum) seja ela um desembargador ou um ministro, conforme o caso. Na primeira hipótese, quando intentada perante o primeiro grau de jurisdição; na segunda, ao ser voltada para um tribunal de justiça estadual ou a um tribunal regional federal e, por fim, quando endereçada a um tribunal superior (STF, STJ, TSE e STM) nos casos de competência originária (TJ, TRF, STF, STJ, TSE e STM).

No momento, tem sentido uma indagação: se houver erro em relação ao juiz para o qual foi dirigida a denúncia, haverá inépcia?

O Pretório Excelso, chamado a pronunciar-se sobre o quesito, quando do julgamento do RHC 60.216 (*DJU* 24/09/82, p. 9444) entendeu inoconter inépcia em tal caso⁶.

A matéria comporta breve *insighth*.

Nada impedirá que o juiz, ao receber o feito, verificando o equívoco, declare nos autos a sua incompetência, remetendo-os à autoridade judiciária competente, haja ou não alegação da parte adversa.

Poderá, no entanto, o réu opor a exceção de incompetência a que alude o art. 108 do CPP, caso haja omissão por parte da autoridade judiciária.

Pergunta-se: a autoridade judiciária encarregada do serviço de distribuição pode, verificando a incompetência, remeter o feito para o juiz competente?

Penso que não. O ato de decidir a respeito da competência de foro e/ou de juízo reveste natureza jurisdicional, incumbindo, assim, ao juiz para onde for encaminhado o processo manifestar-se a respeito da sua própria competência, de ofício (art. 109 do CP) ou provocado (art. 108 do CPP), mediante exceção própria.

O juiz da distribuição exerce atribuição administrativa, não lhe incumbindo decidir a respeito de matéria jurisdicional, que, no caso, envolve pressuposto processual de validade da instância.

De qualquer maneira, não se poderá falar de inépcia da denúncia – o equívoco quanto à indicação do Juízo – salvo se a inicial, apresentada à distribuição, não apresentar dados mínimos para a sua apreciação. Em ocorrendo a situação, sequer poderá haver distribuição. Seria caso de impossibilidade material para o seguimento do processo.

5. A qualificação do réu ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo.

Qualificar alguém consiste em indicar o conjunto de qualidades que adornam determinada pessoa. A palavra não tem, aqui, o sentido correção em que é empregada, com o significado de valorar determinada pessoa: boa, má, ilustre *etc.* Perante a lei processual, o vocábulo reveste conotação técnico-específica para indicar os meios pelos quais uma pessoa (no caso, o réu) se distingue das demais. Assim, na peça de informação que serve de base para a acusação (em geral, o inquérito policial) deverão constar o nome completo do indiciado, o vulgo (muitas vezes, os marginais são mais conhecidos pelo chamado “nome de guerra” – *Escadinha, Gordo etc.*), o estado civil, a data de nascimento, a nacionalidade, a naturalidade, a filiação, a profissão, o local onde reside bem como o de trabalho, o número de registro civil e o do CPF. É certo que a inicial não precisará conter todos estes dados, bastando, para tanto, que faça remissão ao que já consta do suporte fático da denúncia (inquérito policial ou qualquer outra peça de informação idônea), com a indicação da página dos autos onde se encontra a

⁶ Jurisprudência do STF publicada no *Código de Processo Penal Anotado* de DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 46, 16ª edição, 1999, Editora Saraiva.

qualificação. É bom assinalar que uma qualificação de tal modo completa raramente se encontrará em inquérito policial ou em qualquer outra peça que venha a servir de base para a acusação.

Como ficou assinalado, nem sempre será possível a obtenção de todos os sinais identificadores do indiciado. Por tal razão, a lei aludiu aos “esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo.”

Entenda-se bem o alcance da afirmação: impõe-se que o indiciado esteja identificado, porém de forma incompleta. Um ponto não permite tergiversação: não se admite, jamais, uma acusação contra pessoa incerta.

Narra TOURINHO⁷ que, em determinada comarca do interior, o promotor, à míngua de dados, apresentou denúncia contra “Fulano de Tal, prêto, alto e magro” (*sic*) sem aduzir a outros elementos pelos quais se pudesse individualizar o imputado. Ora, é evidente que os traços característicos apresentados na aludida inicial são despidos de qualquer valia para distinguir o acusado das demais pessoas.

Não foi esta, evidentemente, a finalidade da lei quando fez referência aos esclarecimentos pelos quais se possa identificar o réu. A acusação tem que ser promovida – e não poderia ocorrer de outra forma! – contra *pessoa certa* embora sua qualificação possa estar incompleta. Daí a regra do art. 569 do CPP, que irá, inclusive, servir de base para a complementação do boletim individual (art. 809 do CPP).

E se a inicial contiver erro na menção do nome do réu?

Na oportunidade, impõe-se, mais uma vez, distinguir. Caso ino corra dúvida a respeito da identidade física do imputado, perfeitamente individuado na peça que serve de base para a denúncia, não há falar em inépcia da exordial. Comparecendo o acusado e verificado o erro, procede-se na forma do art. 569 do CPP. E se o equívoco persistir, estendendo-se até a sentença, onde, levado a erro contido na denúncia, o juiz consigna nome diverso do que deveria constar? A solução não difere da que alvitramos acima. Caso o réu esteja identificado no curso do processo, de maneira que não haja dúvida quanto à pessoa sentenciada, não se poderá cogitar de qualquer nulidade.

ESPÍNOLA FILHO⁸ faz referência a um julgado da 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do então Distrito Federal, de 25/11/40, na Ap. Crim. nº 1795, onde foi mantida sentença condenatória em que o juiz, induzido em erro pela denúncia, condenara o réu como sendo L. F. Silva, um indivíduo chamado, na realidade, L. F. Souza, mas que atendera à citação, fora interrogado e ofertara defesa. O acórdão entendeu que “o equívoco carece de valor, porque o apelante está perfeitamente identificado.” A decisão, sem dúvida

⁷ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, vol. I, p. 277, Edição Jalovi, 1972.

⁸ EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. I, p. 422, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1965.

certíssima, aplicou, sem o dizer expressamente, o princípio da instrumentalidade das formas em toda a sua plenitude.

Conclui-se do exposto que o erro em relação ao nome do réu só acarretará a nulidade do processo caso o imputado não venha a acudir à citação em razão de não ser dele o nome constante do mandado, deixando, em razão disso, de ser interrogado e de ofertar defesa material.

Vale a observação de que o “vulgo”, ainda que bizarro ou até mesmo pejorativo, deve constar da qualificação completa, como assinalado linhas acima, uma vez que possibilita a perfeita identificação do denunciado. Entre a garantia de uma melhor identificação do citando e um possível desrespeito para com a sua pessoa, deve prevalecer a primeira opção, que, em última análise, reverte em favor do próprio acusado.

Pode ocorrer que, em infração penal cometida por várias pessoas, nem todas possam ser identificadas. Em tal caso, só restará ao acusador fazer menção ao fato no corpo da narrativa da inicial, protestando, na cota que acompanhar a denúncia, por eventual aditamento subjetivo, quando e se ocorrer a identificação dos demais imputados. A medida é decorrência lógica dos princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade da ação penal pública. Caso o aditamento não mais seja possível, só restará ao Ministério Público propor ação penal autônoma contra os acusados, quando identificados.

Hipótese rara de ocorrer é aquela em que o Ministério Público, incorrendo em erro na identificação do acusado, oferece denúncia contra pessoa diversa daquela que é o genuíno autor da infração. A situação apresenta-se diversa daqueloutra de que nos ocupamos acima. Lá, a acusação se fez contra pessoa incerta; aqui, contra pessoa certa, mas que não foi o agente criminoso. Só restará ao juiz, em tal caso, rejeitar a inicial por “manifesta ilegitimidade de parte” no pólo passivo da relação processual (art. 43, III, proêmio, do CPP). Já me deparei, na prática, com uma inicial em que o Promotor de Justiça, por erro material, denunciou uma testemunha. Se a solução acima alvitrada, sob o aspecto técnico, é, sem dúvida, a mais aperfeiçoada, não se pode haver como de todo heterodoxo, pugnar-se pela emenda da inicial por iniciativa do juiz, por aplicação analógica do processo civil (art. 284 do CPC *c/c* art. 3º do CPP). A economia processual estaria a ditar este último caminho, re-ratificando-se a petição exordial.

6. O fato imputado ao réu com todas as suas circunstâncias.

De todos os requisitos da denúncia, este, sem dúvida, é o que merece maiores cuidados no seu trato. Na verdade, de acordo com o princípio da livre dicção do direito, o juiz julga o fato e isto resulta bem claro da leitura do art. 383 do CPP. Por outro lado, o réu se defende da imputação de fato determinado contido na denúncia e não da classificação dada pelo Ministério Público àquele mesmo fato. Desde que o fato esteja perfeitamente descrito na petição inicial, o juiz poderá, no momento oportuno, proceder à corrigenda do libelo (*emendatio libelli*).

Pode-se dizer que a *causa petendi* é a *ratio* do pedido de condenação ou de pronúncia. É a pedra de toque da denúncia ou da queixa.

Perfeitamente válida, ainda em nossos dias, a lição deste grande erudito que foi JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR⁹ a respeito dos requisitos que a petição inicial deve conter. Vale enunciá-los: a pessoa que praticou o fato (*quis*), os meios empregados (*quibus auxiliis*), o malefício causado (*quid*), os motivos (*cur*), a maneira como foi praticado (*quomodo*), o lugar (*ubi*) e o tempo (*quando*)¹⁰. Fórmula esta correspondente aos “Sete W dourados da criminalística” da doutrina alemã¹¹.

A narração do fato, segundo boa doutrina, deve ser sucinta. Mas há fatos e fatos, casos e casos; dessa forma, nem sempre a denúncia poderá ser breve. Nesse ponto, não se pode estabelecer uma regra absoluta, pois o caso concreto é que irá ditar o caminho a seguir. Comumente, pode-se dizer, sem medo de errar, que não se exige uma denúncia extensa. Mas hipóteses haverá em que a denúncia terá que, necessariamente, merecer ampliação, pena de comprometer a imputação.

Na ocasião, encontra significado a observação no sentido de que, concluída a instrução criminal, o Ministério Público terá o ensejo de analisar todo o processo, concretizando-se ou não sua postulação no objetivo de obter a condenação ou a absolvição do réu (art. 385 do CPP). Para tanto, dispõe do prazo de alegações finais, sejam elas escritas, sejam elas orais.

No meu pensar, o que sobreleva, nesta fase, é a *clareza* da petição inicial, seja ela sucinta ou não. Importa, isto sim, que ela propicie ao réu conhecer plenamente a acusação de maneira a exercer a ampla defesa. Desse modo, a data e o lugar do fato devem estar narrados, embora, por si sós, ainda que ausentes, não devam invalidar a acusação, desde que perfeitamente indicados na peça de informação que lhe serviu de lastro. Poderão ser corrigidos (ou supridos, no caso de omissão) até a sentença final (art. 569, CPP). Bem pode ocorrer que não se possa precisar um deles ou ambos. Porém, sempre que possível, integrarão uma cuidadosa denúncia, pois revestem importância para a fixação da prescrição ou da decadência (data) ou para a determinação da competência de foro (lugar).

Outra regra de ouro em matéria de apreciação da denúncia, ao lado da clareza, consiste em saber se o réu teve conhecimento inequívoco da acusação e, em conseqüência, exerceu, de forma plena, a sua defesa. Se tal se der, em razão do salutar princípio da

⁹ JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, *O Processo Criminal Brasileiro*, vol. II, p. 183, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro-São Paulo, 1959.

¹⁰ Para CÍCERO (*De Invent.* I), ao referir-se à enumeração de ARISTÓTELES, na *Ética a Nicomac*, 1, III, as circunstâncias são resumidas pelas palavras *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando, apud op. cit.*, in nº 07, dessas notas.

¹¹ *Wer? Was? Was? Womit? Warum? Wie? Wann? apud op. cit.*, in nº 14, *infra*, dessas notas, p. 383.

instrumentalidade das formas, seria rematado despautério tornar inválido o processo *ab initio* por vício de forma.

Em se tratando de crime contra a honra, ou ainda, quando em jogo o crime de desacato verbal, impõe-se que o Ministério Público indique as palavras proferidas pelo imputado. É grave erro afirmar que o acusado fez uso de “palavras de baixo calão” ou que disse “palavrões.” Trata-se de um juízo de valor que ao *Parquet*, nesta fase, é vedado fazer. O *mot grossier* deve ser transcrito com todas as letras. Por mera questão de elegância, o doesto ou a chulice exigem o acompanhamento do advérbio *sic*, entre parênteses.

Importante observação que deve ser feita relaciona-se com a formulação do elemento subjetivo do tipo penal. É comum ver-se em denúncias o uso de expressões latinas, tais como, *animus necandi*, *animus calumniandi*, *animus fraudandi*, *animus furandi*, *animus laedendi* e outras. Parece-me equivocado o uso de tais expressões uma vez que a imputação deve estar posta, integralmente, na língua vernácula, muito embora o art. 41 do CPP não faça qualquer alusão ao uso do idioma pátrio. Porém, surge-me óbvio que o uso do latim, no caso, macula a clareza que a imputação deve conter. O uso daquelas indicações definidoras do elemento subjetivo do tipo pode ter lugar quando das alegações finais, pois, nelas, o confronto que se dá ocorre entre técnicos (contraditório homogêneo) conhecedores do alcance e do significado das expressões latinas. Não, porém, por ocasião da imputação a respeito do qual o réu será interrogado, onde se exige perfeita compreensão do fato por parte do imputado.

Assunto extremamente delicado relaciona-se com a denúncia envolvendo o concurso de pessoas. Sabe-se que tanto a co-autoria como a participação importam na existência de um liame subjetivo, que consiste na adesão de uma vontade à outra. Este elemento subjetivo integra o tipo. Assim, se a exordial omitir-se quanto à descrição de tal ligação, própria da co-autoria, estaremos diante da chamada autoria colateral, em que cada autor age por si, sem qualquer conhecimento da conduta do outro. Este é um aspecto, às vezes descuidado no inquérito policial, que submete o Promotor de Justiça a sérias dificuldades para a narrativa do evento criminoso.

No crime de lesões corporais ou ainda no homicídio, não me sabe necessário que o Ministério Público repita os dizeres do laudo de exame de corpo de delito que serve de base para a acusação. A simples remissão à peça técnica, com a indicação da página dos autos onde ela se encontra surge como referência suficiente. Conforme o caso, tal orientação pode ser seguida em outras hipóteses.

Tema, sem dúvida, tormentoso é o que envolve a denúncia em crime de autoria coletiva. O inquérito policial, em geral, apresenta-se frágil, obrigando o Ministério Público, muitas vezes, a oferecer uma denúncia genérica do fato criminoso. Cumpre por em relevo que as grandes fraudes ocorrem, justamente, nos delitos societários e, comumente em tais casos, o *Parquet* vê-se impedido, vezes sem número, de ofertar pormenorizada descrição da conduta dos diversos réus. Em decorrência de incompetência,

má-fé ou por qualquer outra razão, o Promotor de Justiça vê-se diante de uma peça de informação imprestável, a impedir a formulação de uma adequada acusação. Em tais casos, mais sofisticados, melhor será deixar-se ao *Parquet* optar pela investigação direta do fato, avocando o inquérito policial. É uma proposta que, *de lege ferenda*, melhor atenderá às finalidades da persecução criminal. A lei, nestas hipóteses, deverá prever o abandono do inquérito policial por parte do Ministério Público que, em substituição, passará a investigar diretamente o fato criminoso, apensando-se os dois procedimentos. De qualquer forma, o Pretório Excelso bem como o STJ vêm admitindo que, nos crimes de autoria coletiva (em geral, delitos societários envolvendo vultosas fraudes), possa a denúncia fazer uma descrição genérica do fato, sem narrar, de forma específica, a conduta de cada réu (Cf. STF, RHC 58.544, DJU 13.2.81, p. 572, RTJ 101/563; RHC 58.802, DJU 4.9.81, p. 8556, RTJ 114/228 e RHC 65.491, 2ª Turma, em 16.10.87, DJU 20.11.87, p. 26010). No mesmo sentido, o STJ, RHC 2.768, 6ª Turma, DJU 16.08.93, p. 15996 e HC 2840, RT 713/402¹². Tal estado de coisas torna fácil a compreensão do grande número de absolvições em casos que tais, uma vez que o Ministério Público não consegue provar a imputação no curso da ação penal, tornando impossível obter a condenação, uma vez que as condutas não estejam perfeitamente individualizadas. Em recente decisão, no entanto, o Pretório Excelso, dando um passo à frente, sustentou que, quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica para os crimes de autoria coletiva sem que haja *mínima* descrição da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar, outra é a ausência absoluta de vinculação do réu com o fato denunciado (Cf. HC. 80549-SP, relator o Min. Nelson Jobim, in DOERJ, Parte III, de 30.8.2001, p. 08).

As qualificadoras, igualmente, precisam estar descritas na petição instauradora do processo. Não basta à inicial narrar, por exemplo, que o homicídio ocorreu por “meio insidioso ou cruel” ou “à traição”. Da mesma forma, será insuficiente dizer que o furto foi cometido com “abuso de confiança” ou “mediante fraude”. Caberá ao denunciante descrever em que consistiu, concretamente, cada uma daquelas situações, embora deva sempre fazer alusão, também, às definições genéricas contidas na lei.

É possível a imputação alternativa?

Deve-se ao saber do professor JOSÉ FREDERICO MARQUES¹³, tanto quanto me foi dado observar, o estudo pioneiro, na doutrina brasileira, da chamada denúncia alternativa. Destaque-se, também, em trabalho mais recente sobre o *thema*, o substancioso ensinamento de AFRANIO SILVA JARDIM¹⁴, o mais completo de que tenho notícia.

¹² Jurisprudência do STF e do STJ, *apud Código de Processo Penal Anotado*, DAMÁSIO E. DE JESUS, pp. 43/44, Editora Saraiva, 1999, 16ª edição.

¹³ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, p. 154, Forense, Rio-São Paulo, 1961.

¹⁴ AFRANIO SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal – Estudos e Pareceres*, p. 93 e seguintes, Forense, Rio de Janeiro, 1987.

A denúncia alternativa pode dar-se em relação ao próprio fato criminoso diante de uma situação concreta que se apresente equívoca, a saber: o réu foi autor de um furto ou de uma receptação? Pode, ainda, a alternatividade dar-se em relação ao sujeito ativo (ou passivo) do crime. Pense-se na hipótese de dois indivíduos que se agridem mutuamente causando lesões corporais recíprocas e que sustentam ambos a excludente da ilicitude da legítima defesa. Aqui, a denúncia alternativa reveste aspecto subjetivo; no exemplo anterior, objetivo. Ofertando parecer, no já distante ano de 1986, em caso que se discutia a acusação alternativa, tive ocasião de salientar a possibilidade da mesma em face da adoção do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Na hipótese, estava em jogo acusação alternativa subjetiva, uma vez que dois réus alegavam haver agido em legítima defesa em caso de lesões corporais recíprocas decorrentes de luta havida entre ambos. Sustentei, então, a validade da denúncia contra os dois denunciados para que se observasse o princípio da correlação entre a acusação e a sentença. Na ocasião, salientei, ainda, que, concluída a instrução criminal, caberia ao juiz absolver um dos réus com fulcro no art. 386, V, do CPP ou ambos pelo benefício da dúvida (art. 386, VI, do CPP). Disse mais que, na minha opinião, seria impossível ao Ministério Público fazer uma opção por um dos indiciados tomando um caminho ilegal e, mais do que isso, imoral. Por que um e não outro? Afirmei, por fim, que a instauração do processo seria a providência que mais atenderia aos interesses dos próprios indiciados, uma vez que o inquérito policial pode, a todo o tempo, ser reaberto (art. 18 do CPP e Súmula 524 do STF), ao passo que a absolvição deixaria em paz aquele que agiu legitimamente ou contra quem não se colheu prova suficiente para a condenação. Prestigiava, no caso concreto, o recurso do Ministério Público contra a decisão monocrática que rejeitara a denúncia posta nos termos aqui sustentados (Recurso Criminal nº 938/86, da 1ª Câmara Criminal do extinto TACRIMRJ). Por maioria de votos, no entanto, o recurso acabou desprovido, contra o voto do então Juiz Wilson Santiago Mesquita de Mello, que acolhia a pretensão ministerial nos termos do parecer da Procuradoria de Justiça.

Portanto, no meu entendimento, parece-me, perfeitamente, correta a posição do Promotor de Justiça que, na *causa petendi*, descrever uma situação jurídica de alternatividade nos termos aqui defendidos.

A denúncia deve, sempre que possível, ser vazada em termos substantivos, evitando ao máximo a agressão grosseira e desnecessária para com o acusado. É evidente que a própria conduta do imputado, muitas vezes, impedirá um tratamento sóbrio por parte da acusação, e a denúncia terá que descrevê-la sob pena de inépcia. Porém, o acusador deve ater-se, ao máximo, à descrição do tipo penal violado assim como às circunstâncias que cercaram o fato, evitando transbordamentos descaridosos para com o réu. Impõe-se lembrar: *reus res sacra*.

As circunstâncias agravantes dos arts. 61 e 62 do CP devem vir descritas na peça inicial?

A resposta simplista para a indagação encontraria fácil solução com a leitura do art. 385 do CPP. No dispositivo em questão está dito, às escâncaras, que o juiz pode reconhecer agravantes embora “nenhuma tenha sido alegada”. Porém, assim não entendo. Elas devem vir narradas para que o réu tenha pleno conhecimento de qualquer fato que possa refletir na sua eventual condenação, pois, não há negar, as agravantes genéricas irão refletir na aplicação da pena. Dessa maneira, para que a dialética processual possa desenvolver-se em toda a sua plenitude, realizando um *processo justo*, a narrativa do fato identificador da agravante deve constar da petição inicial. Da mesma forma, as atenuantes integrarão a descrição fática da denúncia, pois o Ministério Público está interessado na obtenção de uma prestação jurisdicional justa.

Aliás, tenho para mim que o art. 385 do CPP é de discutível constitucionalidade, na medida em que, se a denúncia não descreve os fatos que identificam a circunstância agravante, o réu se verá surpreendido com a aplicação de uma pena mais grave, sem sequer ter tido a oportunidade de discutir a circunstância que, sem dúvida, lhe trouxe gravame.

Basta examinar a relação das circunstâncias indicadas nos arts. 61 e 62 do CP para que se constate, com facilidade, como soa importante a sua narração na denúncia. Cumpre observar que elas *sempre* agravam a pena. O uso do advérbio *sempre* (art. 61 do CP) está a demonstrar que o juiz vê-se obrigado a agravar a pena, desde que se trate de crime doloso. Há discussão, como sabido, se as indicadas no inciso II ganham aplicação nos crimes culposos ou mesmo nos preterdolosos. Na dúvida, pois, impõe-se a narrativa de maneira a ensinar ao juiz e à defesa amplo conhecimento do fato.

Insta observar que não se pode confundir circunstância agravante com qualificadora. Esta, necessariamente, terá que estar narrada na exordial. Com efeito, a qualificadora dá nova qualidade ao tipo penal simples. Em outras palavras: cria um novo tipo penal, exigindo, assim, perfeita exposição na denúncia. Portanto, em relação às qualificadoras, o preceito indicado no art. 385 do CPP não pode ser invocado.

Além do fato principal, a denúncia terá que indicar, igualmente, todas as circunstâncias que cercam o evento central causador da persecução criminal. Fato principal é o fato típico. A denúncia sustenta-se nele. Circunstância, do latim *circumstantia*, representa algo que gira em torno do fato central, algo accidental que melhor esclarece a imputação, sem, no entanto, integrá-la. Torna-se claro que a falta de circunstância não invalida a denúncia, ainda que não venha a ser suprida nos termos do art. 569 do CPP. Trata-se, de resto, de mera omissão que pode ser colmada a todo o tempo, antes da prolação da sentença, evidentemente. Tal aspecto do problema não exige um acusador cuidadoso de tomar tenência no sentido de bem explanar a inicial, nela fazendo incluir todas as circunstâncias que cercam o caso concreto.

Para rematar, uma pergunta: será admitida a oferta de denúncia caso o ofendido não venha a ser identificado? Parece-me difícil que a hipótese possa configurar-se, embora não seja de todo impossível a existência de um caso concreto em que tal circunstância

se verifique. Suponha-se, por exemplo, que alguém venha a ser preso em flagrante no momento em que cometia um roubo. Há testemunhas. O ofendido, apavorado, foge em disparada, não mais sendo encontrado. O evento, assim ocorrendo, não impedirá a denúncia que deverá narrar o fato criminoso, indicando, apenas, como lesado, uma pessoa (homem ou mulher) e esclarecendo, do mesmo passo, as razões pelas quais ela não pode ser identificada.

7. A classificação da infração penal.

A exigência da classificação da infração penal é decorrência lógica do princípio da reserva legal (art. 1º do CP e 5º, XXXIX da CF).

Ao tempo da pluralidade das leis de processo não havia a exigência de que a denúncia indicasse a capitulação da infração penal. A generalidade dos códigos estaduais não aludia à necessidade da definição jurídico-penal do fato criminoso por parte do Ministério Público, quando da petição inicial¹⁵. É certo que, embora não houvesse a obrigação da indicação do dispositivo legal em que o réu estaria incurso, impunha-se, como essencial, a exposição do fato criminoso e de suas circunstâncias. A classificação do tipo penal violado ficava, exclusivamente, a cargo do juiz quando da prolação da sentença de mérito.

Na atualidade, tal não se dá. Nem mesmo o lacunoso art. 41 do CPP deixou de referir-se “à classificação do crime” (*rectius*, no momento, da infração penal).

E, do ponto de vista técnico, esta é a solução mais adequada, ao obrigar o acusador a fazer um juízo de valor a respeito do fato narrado. Não resta dúvida que se trata de uma classificação provisória, sujeita a corrigenda (*emendatio libelli*). Aliás, classificação definitiva o fato só receberá quando eventual decisão estiver ao abrigo da coisa julgada formal.

Daí, a regra contida no art. 383 do CPP, que consagra a parêmia *narra mihi factum dabo tibi jus*. Dessa maneira, a errônea qualificação jurídico-penal da infração penal por parte do acusador em nada comprometerá a inicial, desde que a *causa petendi* esteja em ordem. O essencial continua a ser a narração do fato com todas as suas circunstâncias.

E se a inicial não contiver a classificação jurídico-penal do fato?

Não dispomos, no campo do processo penal, de regra como a constante do art. 285 do CPC que permite ao juiz determinar ao autor a emenda ou a complementação da petição inicial, nem mesmo aquela outra ensejadora do aditamento do pedido, antes da citação do réu, por iniciativa do próprio autor. Em tal caso, no crime, não me parece absurdo, por invocação ao art. 3º do CPP, permitir-se ao juiz tal procedimento, muito embora, por força do art. 569 do CPP, a providência possa ser tomada até a sentença final.

¹⁵ No regime anterior, somente os códigos do Piauí (art. 9º, V) e do Paraná (art. 55, III) é que faziam a expressa menção da necessidade da indicação do artigo da lei penal em que se encontrava previsto o fato criminoso, *apud op. cit.*, in nº 06 dessas notas, pp. 422/423.

De qualquer maneira, a omissão, ainda que não venha a ser suprida, não comprometerá o processo, desde que o fato encontre perfeita narrativa na denúncia.

No momento em que se examina a classificação da infração penal, impõe-se considerar que não basta a indicação do *nomen iuris* do crime, pois, às vezes, uma mesma designação pode indicar figuras penais diversas. É o caso, por exemplo, da calúnia prevista no Código Penal e do mesmo crime regulado na Lei de Imprensa. É cautela recomendada por TOURINHO com base em lição de TORNAGHI¹⁶.

Outro ponto a ser considerado em matéria de classificação da infração penal relaciona-se com a indicação de agravantes e/ou atenuantes que, eventualmente, possam acompanhar a classificação. É muito comum ver-se denúncia incorrendo em tal equívoco. Na verdade, quando o art. 41 do CPP alude à “classificação do crime”, está a referir-se a um tipo penal violado. Ora, as agravantes e/ou atenuantes genéricas não definem qualquer tipo penal, elas, apenas, irão influir na dosagem da pena pelo juiz (art. 68 do CP). O Ministério Público a elas deverá fazer referência quando das alegações finais, uma vez concluída a instrução criminal probatória. É importante não confundir a alusão que a elas deve ser feita na inicial por parte do acusador, como ressaltado acima (6, *supra*), com a sua inclusão na classificação jurídico-penal do fato.

Outra observação importante relacionada com a classificação da infração penal relaciona-se com as qualificadoras. Estas, *necessariamente*, deverão estar descritas na denúncia. Igualmente, irão compor a classificação jurídico-penal do fato. Porém, se a classificação a elas não aludir, tal omissão será de todo irrelevante, nada impedindo o juiz de reconhecê-las desde que, perfeitamente, indicadas no corpo da inicial de acusação.

É que, ao contrário das agravantes, a qualificadora define um tipo revestido de circunstâncias legais especiais acrescidas ao tipo penal básico. Neste, estão as elementares do tipo, ao passo que nelas (qualificadoras) são acrescidas qualidades especiais ao tipo originário.

Pode o juiz, ao receber a denúncia, operar, desde logo, a alteração da classificação penal do fato?

O Supremo, analisando a espécie, entendeu ser inadmissível a providência (Cf. RT 602/451), ao julgar feito originário da Justiça Militar¹⁷.

Do mesmo entendimento comunga o Professor WALBERTO FERNANDES DE LIMA, ilustre Promotor de Justiça-RJ, em minucioso estudo doutrinário publicado na *Revista do Ministério Público-RJ*¹⁸.

O momento previsto na lei processual para a medida vem indicado no art. 383 do CPP, incumbindo ao Ministério Público, caso o juiz subverta a ordem processual,

¹⁶ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, vol. I, p. 387, Editora Saraiva, 20ª edição, 1998.

¹⁷ Jurisprudência do STF, *apud op. cit.*, in nº 04 dessas notas, p. 281.

¹⁸ WALBERTO FERNANDES DE LIMA, “*Emendatio libelli* no juízo de admissibilidade: é possível?” Seção de Jurisprudência Comentada in *Revista do Ministério Público/RJ*, nº 11, 2000, pp. 599/614.

interpor recurso em sentido estrito contra tal decisão (art. 581, I, do CPP), pois, não há negar, que ela importa em rejeição parcial da acusação. Demais disso, a manifestação jurisdicional precipitada constituiria verdadeira atuação *ex officio* da parte do juiz quanto à propositura da ação penal, ao definir como a acusação deve ser formulada, violando, nesse passo, o sistema acusatório ao invadir atribuição privativa do Ministério Público (art. 129, I, da CF).

Certo ou errado, cabe ao Ministério Público, desde que presentes as condições da ação, propor a demanda como lhe aprouver. Juiz não tem que definir como a acusação deve ser apresentada; ao magistrado incumbe julgar a causa penal, dando, se for o caso, no momento adequado, a classificação jurídico-penal que a hipótese, no seu entendimento, merecer (art. 383 do CPP).

A sentença, ao revés, não dispensa “a indicação dos artigos de lei aplicados” (art. 381, IV, do CPP). Imagine-se, porém, que o juiz venha a omitir-se quanto a indicação do dispositivo penal violado. A jurisprudência está dividida, havendo julgados que entendem haver nulidade (RT 590/364 e 593/369) bem como outros que dão pela validade do *decisum* (RT 239/97, 272/69 e 640/282), incluindo-se o próprio Pretório Maior (RTJ 60/94)¹⁹.

Ao meu alvedrio, tudo irá depender do caso concreto. Explico-me: desde que a sentença, ao longo da fundamentação (art. 381, III, do CPP), deixe claro o que pretende, não vejo razão para que a nulidade seja declarada (art. 563 do CPP). Outra vez, se no próprio dispositivo (art. 381, V, do CPP) disser “julgo procedente o pedido”, estando na inicial indicado o dispositivo de lei violado, instruído com perfeita narrativa do fato, inexistirá motivo para nulidade, mais uma vez por mera aplicação do princípio da instrumentalidade das formas.

O juiz, em tal caso, estará acolhendo os termos da inicial. De qualquer maneira, sempre restará à parte interessada a oportunidade de opor embargos de declaração (arts. 382 e 619 do CPP) buscando colmatar a omissão. Assim, se evitará maior problema para o futuro, com discussões estéreis em prejuízo de uma solução justa. Este, no meu pensar, o melhor caminho a seguir.

Portanto, verifica-se um descompasso de tratamento no que respeita ao rigor de tratamento em relação à falta de indicação da classificação da infração penal quando da denúncia e quando da sentença, havendo maior liberalidade no trato do problema no que tange à exordial da acusação. Alvitramos algumas soluções para os dois casos.

8. O requerimento de citação do réu.

Em sua origem etimológica, a palavra citação é um substantivo, originário do particípio passado *citum*, do verbo *ciere*, que significa mover, por em movimento, indicando, também, chamar, convidar. É a lição de JOÃO MENDES, repetida por VICENTE DE

¹⁹ Jurisprudência indicada, *apud op. cit.*, in nº 04 dessas notas, p. 254.

AZEVEDO²⁰. Ensina o último, em página inspirada²¹, que o postulado de direito *nemo inauditur damnari potest* traduz um princípio de direito natural e de direito divino. Nem mesmo Deus dispensou a citação, pois não condenou Adão sem chamá-lo a contas. Da mesma maneira, quando do primeiro homicídio de que se tem notícia, de acordo com a narração das Escrituras, o Todo Poderoso não infligiu pena a Caim sem antes ouvi-lo; chamou-o e indagou-lhe: Caim, que é feito de teu irmão Abel?

Dessa maneira, com os primeiros julgamentos narrados no Livro Sagrado dos cristãos deparamo-nos com as primeiras citações. Assim, desde antanho não se fazia dispensa da providência.

Citação, destarte, nada mais é que o chamamento do réu a juízo para ver-se processar e tomar conhecimento da acusação que contra ele é formulada, bem assim para acompanhar todos os atos da ação até a decisão final. A citação no processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, dá-se uma só vez, vinculando o réu, definitivamente, à instância (art. 367, do CPP). Não há citação para a fase de execução. No processo civil, como sabemos, há dupla citação: uma para o processo de conhecimento e outra para o processo de execução, pois este faz nascer nova relação processual.

A citação, em sua natureza, revela um ato de comunicação processual; melhor dizendo: o mais importante de todos os atos de comunicação processual, surgindo como exigência inafastável do contraditório e do devido processo legal.

É certo que, no processo penal, existem outros atos de comunicação processual, como a intimação e a notificação, com finalidades distintas da citação. O Código destina um capítulo específico para as intimações (Capítulo II, do Título X, do Livro I), valendo notar que o Título X alude, somente, “às citações e intimações”. Nele não há referência expressa para as notificações, que, no entanto, se fazem presentes em alguns dispositivos do Código como ocorre, por exemplo, nos arts. 394 e 514. Nesta última hipótese, a notificação não dispensa a citação posterior do funcionário público (art. 517 do CPP), caso a resposta ofertada pelo notificado não leve o juiz a rejeitar a inicial (art. 516 do CPP).

Em tal caso, caberá ao Ministério Público quando do ofertamento da denúncia requerer somente a notificação do imputado, complementando a providência, quando do recebimento da denúncia, com o pedido de citação do acusado, caso o juiz, desde logo, ao desacolher os termos da resposta, não determine, de imediato, a citação do réu, tal como está a indicar o art. 517 do CPP (“Recebida a denúncia ou a queixa, *será* o acusado citado...”).

²⁰ VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO *in Curso de Direito Judiciário Penal*, vol. 1º, p. 242, Edição Saraiva, São Paulo, 1958.

²¹ *Apud op. cit.*, in nº 17 destas notas, p. 242.

Há distinção teórica entre notificação e intimação; notifica-se *para*, intima-se *de*. Portanto, enquanto aquela destina-se ao futuro, esta volta-se para o passado. Nosso Código, como já ficou assinalado, dedica capítulo próprio somente para as intimações. Não obstante isto, trata da notificação em dispositivos insulados, mostrando que ela não é de todo estranha ao processo penal.

Posta a denúncia, e depositada em cartório em mão do escrivão, já está formada a relação processual linear, por força do simples exercício do direito de ação. É o lado ativo do processo, vinculando autor-juíz e juiz-autor. Mas é somente com a citação do réu é que o lado passivo da relação processual ganhará existência. É por meio dela que o réu estará definitivamente vinculado à instância (art. 367 do CPP) e só então se poderá falar no processo como *actus trium personarum*.

Daí, a absoluta necessidade da citação do réu, seja ela *in faciem*, seja ela ficta. Vale a observação de que, em ocorrendo a *citatio edictalis*, na atualidade, vige a regra do art. 366 do CPP, desde que o réu não compareça nem constitua advogado.

Questão delicada é a que envolve a citação do doente mental. Desde que o fato chegue ao conhecimento do Ministério Público, deverá ele requerer ao juiz a nomeação de um curador para o denunciado (art. 149 § 2º do CPP) e, uma vez comprovada a insanidade mental, só restará ao Ministério Público postular no sentido de que a *vocatio in iudicio* se efetive na pessoa de curador nomeado. No curso do processo que se seguir, caberá ao juiz dar ao laudo o valor que entender cabível, tudo nos termos do art. 182 do CPP, que, como sabemos, adotou o chamado princípio liberatório, decorrência lógica do sistema da livre convicção motivada consagrado em nosso direito processual penal (art. 157 do CPP), pelo qual *judex est peritus peritorum*. O que não se poderia fazer, por falta de sentido, seria promover a citação pessoal do insano mental. Soaria a despautério.

Releva observar que a lei não estabeleceu norma específica para citação do réu menor. Tornou-se, nesse passo, contraditória, tendo em conta que, no decorrer do processo, exige a presença de curador *ad hoc* quando do interrogatório (art. 194 do CPP). Assim, ao requerer a citação do acusado menor, o Ministério Público, por ocasião da denúncia, não precisará ter maiores cuidados. Não me parece que o caminho trilhado pelo legislador tenha sido o melhor. Guardaria maior coerência a lei processual, caso determinasse a citação do menor e a notificação do representante legal para assisti-lo naquele ato, expedindo-se, para tal fim, dois mandados. Dada a relevância, para o processo, da citação, o legislador deveria cercá-la dos mesmos cuidados utilizados no curso do processo.

Impõe-se o registro de que, perante o Juizado Especial Criminal, a citação do autor do fato será sempre pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado (art. 66 da Lei 9099, de 26.9.95). Caso não seja possível a citação pessoal, caberá ao juiz encaminhar as peças de informação ao Juízo comum. É como reza o

parágrafo único do art. 66 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, onde, então, será possível efetivar-se a citação por edital.

Não haverá devido processo legal (art. 5º, LIV da CF) sem a citação válida do réu para vir integrar a relação processual (art. 564, III, e, primeira parte, do CPP). Por mera observância do princípio da instrumentalidade das formas, tantas vezes exaltado no decorrer do presente estudo, há que ressaltar-se a regra insculpida no art. 570 do CPP, desde que a finalidade do ato tenha sido alcançada, ainda que de forma pouco ortodoxa. A falta, assim, estará sanada com o comparecimento do réu, facultando-se, sempre, ao juiz adiar o ato quando vislumbrar que a irregularidade poderá trazer prejuízo para o imputado.

A citação, no processo penal, apresenta uma particularidade: o réu, no ato da citação, é, também, convocado para ser interrogado (art. 394 c/c 352, VI do CPP), ocasião em que exercerá, se assim o desejar, a autodefesa ou defesa material, podendo, também, optar pelo silêncio (art. 5º, LXIII da CF) sem que tal atitude possa ser interpretada em prejuízo da própria defesa. Não tem lugar a advertência a que alude a parte final do art. 186 do CPP, não recepcionada, no meu entendimento, a partir da nova ordem constitucional.

Merece especial cuidado a chamada “citação por requisição” do réu preso (art. 360 do CPP). Penso que a regra do art. 360 do CPP deve ser interpretada da forma que se segue: a requisição deve ser dirigida ao Diretor da Penitenciária para que apresente o preso em Juízo na data aprazada. A providência, no caso, resulta óbvia, pois o preso não dispõe de liberdade de locomoção. Porém, ela não exime o Juízo de mandar citar o réu por mandado de maneira que ele, como de resto qualquer acusado, tome ciência da acusação com a necessária antecedência, podendo, dessa forma, preparar sua defesa, tal como exige a Lei Maior (art. 5º, LV). No Rio de Janeiro há Defensores Públicos designados para dar assistência aos presos na penitenciária e que bem poderão orientar sua clientela, nada impedindo que o próprio preso, em tempo hábil, possa aconselhar-se com advogado de sua confiança.

Não se concebe, por sinal, que o mandado de citação no processo penal não exija, expressamente, como um dos seus requisitos essenciais, a integral cópia da petição inicial. No processo civil, onde não está em jogo a liberdade ambulatoria, há texto expresso exigindo aquela peça básica (art. 255, II, c/c 282, III do CPC). Bastaria acrescentar ao art. 352, V do CPP a seguinte indicação: “o fim para que é feita a citação”, contendo o inteiro teor da denúncia ou da queixa.

Uma observação final a respeito da citação ficta a que se refere o art. 362 do CPP. Trata o dispositivo da citação por edital quando o réu se oculta para não ser citado. Entendo que, em tal hipótese, não encontra incidência a regra do art. 366 do CPP. Com efeito, esse último dispositivo tem por finalidade evitar o comprometimento do direito à informação, daí advindo uma séria de conseqüências que poderiam afetar a defesa do imputado (art. 5º LV da CF). Porém, advirta-se, no caso de ocultação, o réu, uma vez

certificado nos autos que ele usa de expediente para evitar a citação pessoal, criando toda a sorte de empecilhos para que ela não se realize, não se justifica a suspensão do processo.

A regra do art. 366 do CPP, repita-se, tem por escopo assegurar ao réu o direito de informação, como é da essência dos atos de comunicação processual. Ora, se ele, réu, encontra-se informado e tanto está que, ocultando-se, busca frustrar a citação *in faciem*, não se justifica venha a gozar os benefícios da lei. O direito processual não existe para consagrar a alicantina. Demais disso, é princípio assente, não somente do direito processual, mas informador de qualquer ramo do direito, segundo o qual ninguém pode tirar vantagem da sua própria torpeza.

Estes, no meu sentir, alguns cuidados básicos que se justificam em matéria de citação, por parte do órgão do Ministério Público, interessado sempre na realização de um processo justo.

9. O pedido de condenação ou de pronúncia.

No processo penal condenatório, o *petitum* reveste caráter genérico. Ao formular o pedido de condenação, com a conseqüente imposição de sanção, o Ministério Público não especifica a quantidade de pena que pretende ver aplicada ao imputado. Diga-se o mesmo em relação à natureza ou qualidade da sanção penal pretendida, no caso de alternatividade. Decerto não fica ele eximido de, concluída a instrução criminal probatória, na fase de alegações finais, indicar a sanção penal desejada, caso ele ainda persiga a condenação do réu, postura que lhe dará interesse para recorrer, ainda que não venha a sucumbir. Será este o momento adequado para a graduação da pena, dando especificidade ao pedido genérico constante da acusação. Aliás, somente após a conclusão da instrução criminal probatória é que se poderá chegar a uma visão precisa a respeito do *quantum debeatur* penal. Naquele momento, é que será possível atingir um conhecimento completo sobre o fato criminoso, dando a ele perfeita qualificação jurídico-penal.

Anote-se que o juiz está vinculado à *causa petendi* para poder decidir a respeito da acusação. É evidente que tal não se dá em relação ao pedido (art. 385 do CPP). Se o fato criminoso está narrado, o juiz pode, na forma do art. 383 do CPP, dar ao mesmo nova definição jurídica ainda que tenha de aplicar pena mais grave.

No processo civil, o pedido dever ser certo e determinado (art. 286 do CPC), embora seja lícito ao autor formular pedido genérico em situações processuais revestidas de certa peculiaridade (art. 286, I a III do CPC), ao contrário do que se dá no processo penal em que o *petitum* apresenta-se, sempre, genérico.

A acusação do Ministério Público está, assim, fundada na imputação. É com base nela que o acusador formula o pedido genérico de condenação criminal²².

²² Reina em sede doutrinária certa perplexidade a respeito dos aludidos termos processuais. Para SANSÒ, imputação e acusação têm o mesmo significado. PEREIRA E SOUSA (*Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*,

Nos crimes da competência do Tribunal do Júri, o Ministério Público não pode pedir a condenação do réu quando do oferecimento de denúncia, pela simples razão de que o pedido seria juridicamente impossível, tendo em conta que o juiz de direito não dispõe de jurisdição para tanto e a inicial, como é óbvio, a ele é dirigida. No caso, caberá ao acusador público postular, tão somente, a pronúncia do imputado. Quando da gestão do Procurador-Geral de Justiça, *Raphael Cirigliano Filho*, formulamos tal sugestão objetivando aprimorar os formulários de denúncia na comissão formada com aquela finalidade²³.

Na verdade, o pedido de condenação do réu só poderá vir a ser apresentado por ocasião do libelo, pois somente o juiz natural do feito, no caso o Conselho de Sentença, poderá apreciá-lo.

Assim, no Júri, há uma dicotomia de atos acusatórios: em um primeiro momento, quando da denúncia, o Ministério Público pedirá ao juiz de direito a mera pronúncia do imputado; em uma segunda etapa, dirigindo-se, agora, ao Júri, postulará, se for o caso, a condenação do réu.

Averbe-se, por fim, que, no processo penal, inexistente ação penal quanto à pretensão, tal como ocorre na ação civil. Não se pode falar, no crime, numa ação de furto, de roubo ou de homicídio, tal como ocorre no cível, em que há incontável número de ações (despejo, consignação em pagamento, alimentos *etc.*). Veja-se, a propósito, a lição sempre proveitosa de TOURINHO²⁴.

10. As provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos.

O atual art. 41 do CPP não poderia ter sido mais parcimonioso ao versar sobre as provas ao registrar que, “quando necessário”, a denúncia (ou a queixa) deverá conter o rol de testemunhas. Ora, a testemunha é mera espécie do gênero “provas”. Constitui, apenas, uma das modalidades de provas contempladas no Código de Processo Penal. Nem mesmo ocupa todo o campo destinado à prova oral.

Portanto, com a inicial, o autor indicará *todas* as provas que pretende produzir, solicitando ao juiz sua admissão, pena de preclusão, caso não o faça. Abra-se exceção para a prova documental que pode, a todo o tempo, ser trazida para os autos (arts. 231 e 400 do CPP).

Aqui torna-se imperativo tecer algumas considerações. O prazo para requerer a produção de provas pode ser reaberto para a própria parte na fase de diligências (art. 499 do CPP), desde que tal se imponha em razão “de circunstâncias ou de fatos apurados

§ 95) e FREDERICO MARQUES dão ao tema tratamento mais preciso, fazendo perfeita distinção entre os dois vocábulos (*apud op. cit.*, in nº 11 destas notas, p. 159).

²³ Integravam a Comissão criada no objetivo de rever e aprimorar os formulários de denúncia, na sua parte fixa, os Procuradores de Justiça *Ferdinando de Vasconcellos Peixoto*, *Hortêncio Catunda de Medeiros* e o Promotor de Justiça *Sergio Demoro Hamilton*.

²⁴ *Apud op. cit.*, in nº 14 destas notas, p. 331.

na instrução”. Torna-se evidente que se o dado probatório pretendido decorrer de fato ou circunstância superveniente, não se poderá falar em preclusão temporal para a parte.

Decerto que tais observações encontram cabida somente em relação às partes, pois, como de conhecimento vulgar, o juiz não está sujeito a preclusões, podendo, mesmo na fase de sentença, converter o julgamento em diligência objetivando suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (art. 502 e parágrafo único do CPP). Observe-se, mais uma vez, que a lei disse menos do que pretendeu, ao aludir somente ao novo interrogatório do réu ou à inquirição de testemunhas e do ofendido (art. 502 § único do CPP). Na realidade, o juiz poderá mandar produzir *qualquer prova* que entenda necessária (ou mesmo conveniente) na busca da verdade real. Aliás, a parte final do parágrafo único do art. 502 do CPP deixa entrever que o juiz só haveria de assim proceder, na parte referente à prova oral, caso não houvesse presidido aqueles atos na instrução criminal. Aqui, ao revés, a lei disse mais do que pretendeu, pois, como sabido, nosso processo penal não adotou o princípio da identidade física do juiz. Tenha ou não presidido a colheita da prova oral, o juiz poderá renová-la caso entenda cabível a providência.

É certo que não comungo da orientação que outorga ao juiz poderes investigatórios *pro societate*, tal como consagrado em nossa legislação processual penal. Entendo, mesmo, que a lei, nesse passo, não se viu recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por violar, frontalmente, o sistema acusatório²⁵. Ressalte-se que este último *thema*, no dia-a-dia do foro, não tem merecido atenção, mínima que seja.

Vale acentuar, ainda, que, em relação às testemunhas arroladas pelo Ministério Público, deverá ser observado um número legal máximo, que varia em função do procedimento a ser seguido: No processo comum serão inquiridas no máximo oito testemunhas para cada parte. Nesse número não se compreendem as que não prestaram compromisso nem as referidas (art. 398 e parágrafo único do CPP *c/c* 203, 208 e 209, § 1º do CPP). No processo sumário, tal número máximo decresce para 05 (art. 539 do CPP), ao passo que, nas contravenções, o número cai para 03 (art. 533 do CPP), computando-se em tais casos, também para efeito de contagem, somente as chamadas testemunhas numerárias ou compromissadas (art. 203 do CPP). Porém, há exceções. Mesmo no caso de a infração penal ser apenada com detenção o número legal máximo, às vezes, pode estender-se para 08 (arts. 512, 518, 519 e 524 do CPP). Por seu turno, a Lei de Tóxicos prevê para crimes apenados com reclusão apenas 05 testemunhas (art. 22 da Lei 6368/76).

Portanto, nem sempre a gravidade da infração penal ditará a limitação máxima para a prova testemunhal, embora a regra geral decorra daquela circunstância.

²⁵ O eventual leitor, acaso interessado no estudo do assunto, poderá consultar meu estudo “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, nº 08, jun.-jul./2001, p. 49 e seguintes.

Em se tratando de testemunhas não compromissadas (art. 208 do CPP), ditas informantes, assim como no que respeita ao ofendido (art. 201 do CPP), não haverá qualquer limitação numérica, cabendo ao juiz cercear eventual abuso da parte na produção daquelas duas modalidades de prova oral, caso vislumbre má-fé por parte do litigante.

Vale o apontamento de que a Lei 9099/95 é omissa quanto ao número de testemunhas que as partes podem arrolar. De acordo com o espírito da lei em questão, que se assenta nos princípios da celeridade e da economia processual, é de bom alvitre seguir a lição de DAMÁSIO, ao invocar a analogia ao artigo 34 da mesma lei em matéria cível, limitando à parte arrolar até 03 testemunhas²⁶.

Para o Ministério Público, torna-se importante emprestar relevo à decisão do Pretório Excelso por ocasião do julgamento do RHC 65.673 (DJU de 11.3.88, p. 4742), onde ficou assinalado que a base para o arrolamento de testemunhas decorre, unicamente, da *causa petendi* respectiva. Em outras palavras: para *cada fato*, o Ministério Público poderá arrolar o número legal cabível na espécie. Tome-se o exemplo: se a acusação descreve dois fatos, em se tratando de procedimento comum, o limite será de 08 testemunhas compromissadas para cada um deles²⁷.

Ainda uma palavra final a respeito da prova oral: ela pode ser indicada em outro momento processual que não o da denúncia. Tal pode ocorrer quando do libelo (art. 417 § 2º do CPP), nos casos de competência do Júri.

11. O local e a data da denúncia ou queixa.

A matéria toca de perto com o lugar e o tempo em que os atos processuais devem ser praticados²⁸. A indicação do local situa a petição inicial no espaço ao passo que a data situa a denúncia no tempo. Depositada a exordial de acusação em cartório, daí pode advir uma série de conseqüências práticas. Alinho, à guisa de exemplo, duas: a representação, se for o caso, torna-se irretratável (art. 25 do CPP) e impede-se a propositura de queixa subsidiária (art. 29 do CPP), ainda que excedido o prazo legal pelo *Parquet*, desde que, antes da denúncia, a queixa substitutiva não haja sido ajuizada pelo particular legitimado para agir. Além do mais, a demora do órgão de acusação para propor a ação pode acarretar-lhe sanções (art. 801 do CPP). Portanto, a data do ato está ligada ao instituto do prazo. Daí sua relevância.

No que respeita ao lugar, nem sempre ele guardará compasso com a sede do fato descrito na denúncia. Veja-se, por exemplo, o caso de um Promotor de Justiça do Rio

²⁶ *Apud op. cit.*, in nº 27 destas notas, p. 80

²⁷ Em estudo intitulado “A Disciplina Legislativa da Prova Penal”, tive a ocasião de examinar o tratamento deferido pelo nosso CPP em relação à prova. A matéria pode ser encontrada em *Temas Atuais em Direito e Processo Penal*, p. 163 e seguintes, Editora de Direito, 2001, São Paulo.

²⁸ Para um exame da forma, do lugar e do tempo dos atos processuais, embora analisados por ângulo diverso daquele objeto do presente estudo, veja-se, por todos, EUGÊNIO FLORIAN, *Princípios de Direito Processual*, 2ª edição, 1932, *apud op. cit* in nº 17 dessas notas, p. 236 e seguintes.

de Janeiro que venha a praticar um crime em São Paulo; na hipótese, a *causa petendi* deverá referir-se a São Paulo como sendo o *locus delicti*, mas, como a denúncia será ofertada no Rio de Janeiro, em razão da prerrogativa de função do acusado, o local que constará ao pé da inicial será o do Rio de Janeiro.

12. A assinatura e a identificação do órgão do Ministério Público dotado de atribuição para oficiar no feito criminal.

Chega-se, por fim, à parte autenticativa da denúncia. A assinatura é o sopro de vida da inicial. Sem ela, a petição será um ato inexistente. No campo da pura técnica não há outra solução. Porém, a jurisprudência, ao meu pensar com inteiro acerto, tem manifestado entendimento no sentido de que, não havendo dúvida a respeito da autenticidade da peça acusatória, inexistente motivo para que se declare a nulidade do processo. Vejam-se os julgados do Pretório Maior (RECrIm 77.915, DJU 17.6.74, p. 4159) e do STJ (RHC 3651, 5ª Turma, DJU 1º.8.94, p. 18663)²⁹.

Parece-me, porém, que a providência objetivando validar a denúncia oferecida naquelas circunstâncias deve cercar-se de certos cuidados. Entendo que os autos devem voltar ao Promotor de Justiça para que ele aponha sua assinatura na petição inicial, ratificando, por cota nos autos, a providência tomada.

Quid juris se o Promotor de Justiça não mais estiver em exercício no juízo? Não me parece haja qualquer dificuldade para a solução do impasse criado, resolvendo-se a questão mediante providências encetadas entre o promotor em exercício e o autor da denúncia, tudo com pleno conhecimento do juiz da causa, ficando, nos autos, documentadas todas as diligências efetivadas com o fito de suprir a omissão e preservar a acusação.

Sob a assinatura constará a identificação do órgão de atuação do Ministério Público, contendo o nome e a indicação do cargo (Promotor de Justiça e, em certos casos de atribuição privativa, do próprio Procurador-Geral de Justiça).

Quando a inicial deva estar firmada por determinado Promotor de Justiça, como ocorre no processo penal falimentar, a função específica terá, também, que ser declinada. Explico-me: no procedimento especial dos crimes falimentares, a ação penal será intentada pelo órgão do Ministério Público que exercer a Curadoria da Massa Falida (art. 504, do CPP). Aliás, por expressa disposição legal, o Curador de Massas Falidas deverá funcionar em todo o decorrer do processo (art. 504, do CPP).

Qual membro do Ministério Público pode oficiar em determinado feito criminal?

Somente o Promotor de Justiça dotado de atribuição para tanto. Reveste atribuição para oficiar no processo criminal o membro do *Parquet* lotado ou designado pela Chefia do Ministério Público para tal finalidade, *nos limites traçados pela lei*, valendo notar que os membros da Instituição gozam da garantia constitucional de inamovibilidade (art.

²⁹ Jurisprudência do STF e do STJ extraída *apud op. cit in* nº 4 dessas notas, p. 42.

128, § 5º, I, *b*, da CF). Cumpre observar que eles somente poderão ser afastados por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado (Conselho Superior do Ministério Público) por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa (art. 15, VIII, da Lei 8625, de 12.2.93 – LONMP)³⁰. Por outro lado, diante de caso concreto, o afastamento se dará em consonância com os arts. 252, 253 e 254 *c/c* 258 do CPP, nas hipóteses de impedimento ou suspeição.

Pode a denúncia ser assinada por estagiário do Ministério Público?

A petição inicial firmada por estagiário do *Parquet*, ainda que concursado, não pode merecer admissão, tendo em conta que as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, por expressa disposição constitucional (art. 129, § 2º da CF).

O Pretório Excelso, chamado a pronuncia-se sobre o tema, *antes* da vigência da atual Constituição Federal, manifestou-se pela validade da peça acusatória, desde que dela constasse, igualmente, a assinatura do Promotor de Justiça³¹.

Na verdade, mesmo na atualidade, desde que a denúncia venha firmada pelo Promotor de Justiça, não me parece haja motivo para invalidá-la, embora dela também conste a assinatura de estagiário.

Outra novidade, com que me deparei mais recentemente no exercício da Procuradoria de Justiça, e que suscitou controvérsias no Tribunal de Justiça/RJ, consiste na denúncia assinada por dois Promotores. A defesa, por várias vezes, argüiu a nulidade da inicial em razão daquela circunstância. Não vejo motivo sério para a impugnação, desde que ambos (ou pelo menos um deles!) sejam dotados de atribuição. O Superior Tribunal de Justiça, ao discutir o tema, da mesma forma, considerou válida a denúncia subscrita por dois Promotores de Justiça³².

13. O requerimento de suspensão condicional do processo.

A Lei 9099/95, entre outras inovações, criou um instituto de despenalização, conhecido como suspensão condicional do processo ou *sursis* processual.

Pois bem: desde que satisfeitas os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos no art. 89 da Lei 9099/95, o Ministério Público, juntamente com o oferecimento da denúncia, poderá propor a suspensão do processo por dois a quatro anos. Dessa forma, em 181 crimes previstos somente no Código Penal³³, quando da oferta da inicial, o

³⁰ Para um exame completo da origem do conceito de “Promotor Legal”, veja-se, por todos, ROGÉRIO LAURI TUCCI *in Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, p. 146 e seguintes, Editora Saraiva, São Paulo, 1993.

³¹ Jurisprudência coletada do STF, *in* HC 64701, 2ª Turma, em 28.4.87, DJU 22.5.87, p. 9755, *apud op. cit.* *in* nº 04 destas notas, p. 42.

³² Jurisprudência coletada do STJ, *in* RHC 1465, 5ª Turma, DJU, 16.3.92, p. 3103, *apud op. cit.* *in* nº 04 destas notas, p. 42.

³³ Relação das infrações penais descritas no Código Penal que admitem a suspensão condicional do processo em razão do mínimo da pena abstratamente cominada, extraída da *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*,

Ministério Público, se for o caso, proporá a suspensão condicional do processo. Em caso contrário, deverá fundamentar a negativa. A doutrina, em sua maior parte, tem considerado a suspensão provisória um direito do acusado, não configurando sua oferta mera faculdade do Ministério Público (apesar do “poderá” constante do art. 89). Porém, casos ocorrerão em que a proposta de suspensão do processo não haverá, desde logo, de ser apresentada pelo Ministério Público. Tal se dá quando o processo não se encontra suficientemente instruído, não ensejando ao Promotor saber se o denunciado atende aos requisitos subjetivos do art. 89. Assim, pode ocorrer que, em razão da pena mínima abstrata não superior a um ano, o denunciado faça jús ao *sursis* processual, mas que não haja prova nos autos de que o acusado não está sendo processado por outro crime, de que não tenha sido condenado em razão de outro crime ou, ainda, que não estejam presentes outras condições do *sursis* processual indicadas no art. 77 do CP.

Dependendo, evidentemente, de cada caso concreto, o Ministério Público não estará obrigado à proposta, pois, como é notório, os inquéritos costumam chegar a juízo precariamente instruídos, embora aptos para o oferecimento da denúncia. Em tal hipótese, parece-me que o Ministério Público se verá no direito de exigir o atendimento das diligências que entender cabíveis, condicionando o seu cumprimento à formulação ou não da proposta de suspensão. Para tanto, basta auscultar o art. 399 do CPP.

O direito subjetivo à suspensão do processo, como todo o direito, não reveste caráter absoluto, e somente se fará presente se e quando o denunciado satisfizer *todos* os ditames do art. 89 da Lei 9099/95.

É muito comum que a denúncia seja acompanhada de requerimento no sentido da juntada da folha de antecedentes criminais (FAC) com vistas à proposta de suspensão. Nada mais certo.

Assinale-se, por oportuno, que o grande interessado na produção de tal prova é o próprio denunciado, cabendo também a ele o ônus de provar que não está sendo processado por outro crime ou de que não tenha sido condenado em razão de outro crime. Não se pode exigir do acusador a produção de uma prova negativa. Isto não o exime de, igualmente, empenhar-se na busca da informação, pois, repita-se até a náusea, ao Ministério Público só interessa a realização de um processo justo.

A providência requerida pelo Ministério Público em tais circunstâncias nada tem a ver com a presunção de inocência do réu (que vale até a fase da condenação) mas sim com o devido processo legal, perfeitamente instruído, de maneira a propiciar provimentos jurisdicionais justos.

Nem se alegue, em prol da argumentação contrária, a presença da regra constante do art. 47 do CPP, que daria ao Ministério Público o poder de *requeritar diretamente* a documentação faltante. Sabe-se que o aludido dispositivo sempre foi letra morta por

DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, pp. 94 a 100, Editora Saraiva, 1995.

falta de infra-estrutura do *Parquet* que, ainda, não dispõe de secretaria própria para tal fim e, mesmo que tal se desse, não teria sentido deixar de oferecer denúncia enquanto aqueles documentos não fossem fornecidos, pois eles não assumem o caráter de condição da ação, seja ela genérica, seja ela específica. O interesse na perfeita instrução do feito, antes de tudo, é do Estado, *y compris* o Estado-juiz. Daí o cuidado do legislador ao dispor, de forma sábia, a regra do art. 399 do CPP.

14. A denúncia oral.

A regra geral é a de que a denúncia, como petição inicial da ação penal pública, seja escrita. Porém, com o advento da Lei 9099/95, criou-se uma nova modalidade de exordial: a denúncia oral (art. 77, *caput*, e § 3º).

Na fúria incontida de imprimir velocidade ao processo, própria da Lei 9099/95, admitiu-se que uma peça da relevância de uma inicial de acusação pudesse ser ofertada oralmente. Ela terá como suporte fático o termo circunstanciado (art. 69 da Lei 9099/95) e, uma vez oferecida, o procedimento seguirá o *iter* previsto no art. 78 e seguintes da Lei dos Juizados Especiais Criminais. É evidente que o legislador, sentindo a precariedade da denúncia oral, manda que ela seja reduzida a termo (art. 78). Ora, reduzir a termo significa pôr por escrito o que foi dito oralmente. Isto quer dizer que a denúncia oral, no regime da Lei 9099/95, é ... escrita. Cópia dela é entregue ao acusado que, com ela, ficará citado (art. 78). O grave problema para o Ministério Público consiste nas limitações que o termo circunstanciado pode apresentar, sob o aspecto redacional, como base probatória para a acusação, obrigando, muitas vezes, o Promotor de Justiça a fazer verdadeiros malabarismos para poder ofertá-la.

15. O sujeito passivo da relação processual.

Sabe-se que, na fase do inquérito policial, a pessoa que a ele responde merece a designação de indiciado. É assim que a denomina a própria lei (art. 6º, V, do CPP). Em outras peças de informação que possam servir de base para a acusação, a nomenclatura pode, igualmente, merecer adoção, muito embora o Código tenha usado o termo quando voltado, de forma especial, para o inquérito policial (Livro I, Título II). Porém, como as duas situações guardam relação com a fase pré-processual, não haverá inconveniência no uso do vocábulo em ambos os casos. No fim de contas, o indiciado nada mais é que uma pessoa apontada como portadora de indícios da prática de uma infração penal.

Nos processos de competência do JECRIM, alude-se, nesta fase, ao “autor do fato” (art. 69 da Lei 9099/95).

Durante o processo reina grande balbúrdia terminológica quanto se trata de emprestar nome para o sujeito passivo da demanda.

Em boa técnica, aquele que responde a uma ação penal (ou civil) chama-se réu. A clássica definição de BULGARO, datada da segunda metade do século XII, ainda

permanece válida, podendo ser resumida na conhecida fórmula *iudicium est actus trium personarum: actoris, rei, iudicis*³⁴⁻³⁵.

Assim, o réu, às vezes, é indicado como denunciado, outras tantas por acusado, havendo, mesmo, na doutrina, referência à palavra imputado [do latim *imputatione* (substantivo) e *imputare* (verbo), significando a inculpação de alguém³⁶.]

Não há razão para grandes tormentos em relação ao tema, podendo aquelas designações ser admitidas, embora, repita-se, aquele contra quem é intentada uma ação penal, para usar técnica mais adequada, chama-se réu.

No campo da ação privada, adota-se a palavra querelante para indicar a pessoa legitimada a intentá-la e querelado aquela contra quem a ação é movida.

Igual designação esposou a lei processual penal ao versar sobre a queixa subsidiária (art. 29 do CPP). Aqui, como já tivemos a oportunidade de salientar em outra ocasião, a ação penal é pública, parecendo-me equívoca a maneira com que o tema vem sendo tratado por boa parte da doutrina, ao classificar a ação privada subsidiária da pública como se fora uma ação privada³⁷.

O sujeito passivo do processo recebe a designação de querelado quer na ação de iniciativa privada, quer na queixa subsidiária, embora o art. 29 do CPP faça referência expressa somente ao querelante. São velharias que devem ser escoimadas do processo, mas que sobrevivem, muitas delas com respaldo na própria lei.

16. Re-ratificação e aditamento da denúncia.

A denúncia omissa pode ser re-ratificada ou aditada. A chamada re-ratificação da inicial, muito comum no dia-a-dia do foro, na realidade não está prevista em lei. Ela é muito usada, por exemplo, quando um processo vem remetido de um juízo para outro. Neste último, o Promotor de Justiça dotado de atribuição ratificará ou reratificará a inicial ofertada no juízo incompetente, pois só ele detém atribuição para tanto, não se vinculando, necessariamente, a *opinio delicti* externada por seu colega (Promotor ou Procurador da República). Cabe, igualmente, ao juiz da causa receber a inicial reratificada, pois, também ele, não se prenderá à manifestação jurisdicional do magistrado havido por incompetente. Após, ensejará vista ao réu para que se pronuncie sobre a re-ratificação da inicial. A questão, ventilada aqui em termos bem singelos, comporta algumas nuanças e nem sempre se resolverá da forma simplista acima versada, pois bem pode ocorrer que,

³⁴ ROMANO DI-FALCO, *Corso*, p. 173, *apud A Relação Processual Penal*, HÉLIO TORNAGHI, p. 188, Livraria Jacinto, Editor a Noite, Rio de Janeiro.

³⁵ O texto completo de BULGARO a respeito da “mais completa definição de processo”, na opinião de TORNAGHI, pode ser encontrado em FERRARA, *La Nozione dei rapporti processuale*, p. 3: *iudicium accipitur actus ad minus trium personarum: actoris intendente, rei intentionem evitandis, iudicis in medio cognoscentis*, *apud op. cit.* in nº 28.

³⁶ AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 750.

³⁷ O assunto viu-se versado com maior vagar em meu estudo “A Queixa subsidiária – Questões Controversas”, in *Revista da AJUFE (Associação dos Juízes Federais)*, nº 62, 1999, p. 91 e seguintes.

em razão de decisão de um conflito de competência ou de jurisdição, tanto o Ministério Público como o juiz estejam vinculados à decisão emanada de instância superior.

Já o aditamento é tratado no CPP, quer quando se ocupa da ação privada (arts. 45, 46 § 2º e 48 do CPP), quer no momento em que versa a respeito da queixa subsidiária (art. 29 do CPP). No título da sentença (XII do Livro I) volta o legislador a ocupar-se do aditamento (art. 384, parágrafo único, do CPP). Não será aqui a sede indicada para tecer crítica ao infeliz, incompleto e pouco técnico tratamento que o tema encontrou em nossa lei processual³⁸.

Aditar significa acrescer, somar, pôr a mais.

A primeira forma de aditamento destina-se a suprir omissões da inicial (art. 569 do CPP). Aqui não se trata da inclusão de fato novo capaz de modificar a *causa petendi*. Igualmente em tal modalidade de aditamento não se tem em vista acrescentar um novo réu. Na realidade, a providência reveste a finalidade de aperfeiçoar a inicial incompleta. Abrange, apenas, formalidades secundárias ou incorreções que podem e devem ser supridas até a sentença. De qualquer maneira, complementada a inicial, o juiz deverá receber o aditamento, ensejando, igualmente, que, sobre ele, se pronuncie o acusado. Embora omissa, a primitiva inicial não podia ser havida como inepta, pois não eivada de nulidade. Sofria de imperfeição, que se corrige com o aditamento. No foro fala-se em re-ratificação da denúncia em tal hipótese.

Porém, o aditamento pode envolver questão relevante, alterando a própria imputação. É o chamado aditamento objetivo. Suponha-se que a denúncia descreva um furto simples quando, na realidade, a infração penal estampada nos autos revela a ocorrência de um crime qualificado. Pense-se, ainda, na inclusão de um co-réu de quem não cogitara a exordial de acusação. Aqui dar-se-á o aditamento subjetivo³⁹.

Nas duas últimas situações processuais, o aditamento, igualmente, terá que ser recebido pelo juiz da causa, impondo-se, ainda, a citação bem como o interrogatório do réu.

Da mesma forma, poderá o acusado, caso assim deseje, produzir prova no objetivo de ilidir a nova acusação decorrente do aditamento.

A lei não previu recurso específico para a decisão que rejeita o aditamento no todo ou em parte. Entendo, porém, que o recurso cabível será o do art. 593, II do CPP, uma vez que não se concebe que uma manifestação jurisdicional de tal relevância fique despida de enfrentamento. Tal solução não é pacífica, parecendo a muitos que será possível, por invocação analógica (art. 3º do CPP), valer-se o sucumbente do recurso no

³⁸ O eventual interessado encontrará exame detalhado da matéria em diversos artigos de doutrina em que me ocupei do assunto. Podem ser consultados, entre outros: "Revisitando o aditamento à queixa" in *Revista de Direito da Defensoria Pública-RJ* nº 15, 1999, p. 246 e seguintes e "A presença do Ministério Público na Ação Penal Privada", in *Justitia*, órgão do Ministério Público de São Paulo, nº 101, 1978, p. 31 e seguintes.

³⁹ O tema encontra-se versado com maiores cuidados em meu estudo referido in nº 30 destas notas.

sentido estrito cogitado no art. 581, I do CPP. Esta última colocação não me sabe como a mais adequada, partindo da colocação de que a enumeração do art. 581 é taxativa, não admitindo ampliação. Tanto a doutrina como a jurisprudência estão divididas, valendo o registro de que o próprio Supremo, em data recente, já decidiu no sentido de ser exemplificativa a enumeração constante do art. 581 do CPP⁴⁰.

17. Rejeição e recebimento da denúncia.

A regra geral em matéria recursal vem contida no art. 581, I, do CPP. Contra a decisão que rejeita a inicial cabe recurso no sentido estrito.

Leis especiais, no entanto, indicam a apelação como o recurso cabível contra a decisão que rejeita a denúncia. É o caso, *v.g.*, da Lei de Imprensa (5250, de 09.2.67, art. 44 § 2º), bem como o da Lei 9099, de 26.9.95 (art. 82). Da decisão que recebe a inicial, em regra, não há recurso. Poderá a parte agravada, quando muito, impetrar, *habeas corpus* (art. 648 do CPP) caso, por exemplo, falte justa causa para a ação penal, quando o processo for *manifestamente* nulo ou, ainda, quando extinta a punibilidade do fato.

A Lei de Imprensa, no entretanto, apresenta a peculiaridade de prever o recurso em sentido estrito contra a decisão que recebe a exordial, *sem suspensão do curso do processo* (art. 44, § 2º, *in fine*).

18. Prazo para o oferecimento da denúncia.

A norma padrão estabelece que o prazo para oferecimento da acusação por parte do Ministério Público encontra indicação no art. 46 do Código de Ritos.

O excesso de prazo por parte do *Parquet* não traz para o processo qualquer nulidade, porém reveste conseqüências práticas. Se o indiciado estiver preso, poderá impetrar *habeas corpus* (art. 648, II do CPP) no sentido de responder solto ao feito criminal. Da mesma forma, dá ensejo à propositura da queixa subsidiária por parte do legitimado para agir (art. 29 do CPP). Pode, inclusive, trazer conseqüências de natureza administrativa e disciplinar para o acusador desidioso (art. 801 do CPP).

Quando a lei dispuser de forma contrária ao que estabelece o art. 46 do CPP, ela o dirá expressamente. É sabido que, em tudo o que não é regulado por lei especial, o Código de Processo Penal tem aplicação subsidiária. Assim, desde que a norma especial não contenha preceito expresso a respeito do prazo para ofertamento da denúncia, terá plena vigência o art. 46 do CPP.

Este um singelo *approach* sobre algumas noções básicas que devem nortear a denúncia.

⁴⁰ Jurisprudência do STF, por ocasião do julgamento do HC 75.798, da 2ª Turma, de 23.3.98, *in* Informativo do STF, 104/2, abr. 1998, *apud op. cit. in* nº 4, dessas notas, p. 408.

Justa causa, um conceito polêmico¹

Sergio Demoro Hamilton

A controvérsia em torno do exato sentido da expressão “justa causa” é tradicional em nosso processo penal. Pode-se afirmar, sem receio, que a doutrina, até hoje, não encontrou uma definição em termos rígidos para conceito tão amplo, tal a variedade de matizes com que se apresenta o tema aos olhos do estudioso do problema.

É de ver que no presente trabalho, ocupo-me da expressão “justa causa” no sentido em que ela é discutida e tratada no campo do processo penal, já que o mesmo conceito apresenta-se em diversos ramos de direito com sentido proteiforme. Assim, a expressão na esfera do processo penal apresenta-se com significado totalmente diverso daquele em que é cogitado perante o Direito do Trabalho, em face do Direito Penal ou mesmo diante do Processo Civil. O esclarecimento, que ressaibe a truísmo, encontra sua razão de ser diante da natural dificuldade que o assunto apresenta, a exigir que, desde logo, sejam determinados os limites da exposição.

Feita a divagação, que se impunha, resta voltar, sem delonga, ao temário.

O Código de Processo Criminal do Império (1832) vinculava o sentido da discutida expressão à prisão ilegal (art. 353), orientação também seguida, posteriormente, pelos diversos códigos estaduais, que salvo raras exceções, não se afastavam da posição assumida pelo Código reitoral, como assevera Antonio Acir Breda no excelente estudo que empreendeu a respeito do anteprojeto de autoria do Professor José Frederico Marques².

Com a entrada em vigor do atual Código (1941), estabeleceu-se na doutrina que o tema não comportava um conceito abstrato, ficando para o juiz, diante do caso concreto, a tarefa, nem sempre fácil, de decidir sobre a existência ou não de justa causa.

Um dos primeiros comentaristas do Código em vigor, o eminente Desembargador Sady Cardoso de Gusmão, bem espelha tal maneira de ver a questão, ao afirmar que justa causa não pode ser definida de forma absoluta, exigindo escrupulosa apreciação do caso concreto³.

Coube, sem dúvida, à jurisprudência o relevante papel de ampliar o conceito de justa causa quando chamada a dizer o direito em casos de *habeas corpus*, desde que fundado o pedido no art. 648, I da Lei processual penal. Com efeito, aos poucos, a

¹ Artigo publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 5, p. 91-98, jan./jun. 1977.

² Notas sobre o anteprojeto do Código de Processo Penal, in “*Revista de Direito Penal*”, nºs 11/12, pág. 54, Editora Revista dos Tribunais.

³ “Código de Processo Penal (Breves Anotações)”, pág. 215, Livraria Jacinto, 1942, Rio.

jurisprudência dos nossos tribunais desvinculou-se das origens do conceito passando a tratar do tema de forma muito mais ampla, atingindo, já agora, o mérito da ação penal. Basta consultar qualquer repositório de jurisprudência e se verá, com facilidade, a assertiva da afirmação. Chegou-se, mesmo, à discussão de prova, com maior ou menor profundidade, em matéria de *habeas corpus*. É o que se pode ver da decisão concessiva no *H.C. 24782* (T.J.GB), quando se cogitou da chamada denúncia vazia, isto é, quando a inicial embora narrando fato delituoso, apresenta-se em descompasso com os elementos probatórios constantes do inquérito policial ou resulta de pura criação mental da acusação. Assim também decidiu o Pretório Maior, quando do julgamento do *H.C. 32.203*⁴.

O conceito, neste momento, já se afastava, em definitivo do seu sentido histórico, tomando feição bem mais amplas, pois voltado, sem sombra de dúvida, para o mérito da acusação.

É certo que a prisão ilegal, como questão processual, reveste-se de mérito próprio que não interfere com mérito da ação penal. Aquela, assim contemplada, seria objeto de uma decisão interlocutória a respeito de questão incidente, ao passo que a acusação encontraria deslinde por meio de sentença definitiva.

Muitos julgados não hesitaram em adentrar no exame de matéria de prova em *habeas corpus*. Houve, de início, natural reação, ensejando posições extremadas. Uns proclamavam a impossibilidade da discussão de matéria de prova ao passo que outros, como ficou visto, permitiram, com maior ou menor extensão, o debate a respeito da instrução probatória. Hoje, ao que parece, a melhor corrente de pensamento tem-se orientado no sentido de admitir o exame da prova desde que ela se apresente evidente a ponto de permitir uma conclusão imediata a respeito da matéria em julgamento, vedando, qualquer estudo profundo da prova, só possível em juízo de congnição plena mas incompatível com o sumaríssimo do *habeas corpus*.

Verifica-se do exposto, que a noção de justa causa foi, paulatinamente, ganhando notável elasticidade, ampliando-se mais e mais, por força, principalmente, da criação pretoriana.

Seria despiendo trazer à colação as centenas de julgados onde o tema ganhou os mais variados significados, extrapolando tal empreitada os limites do presente estudo. Cheguei, mesmo, a ver julgado que trancou o andamento do inquérito policial por falta de justa causa para a investigação!

É natural que, na doutrina, os reflexos dos múltiplos pronunciamentos da jurisprudência se fizessem sentir.

Vicente de Azevedo está entre os primeiros autores que identifica a justa causa com a noção de mérito da ação, ao salientar que “não haverá justa causa quando o fato constituir crime, em tese”, salientando, outrossim, ser esta uma hipótese “da mais

⁴ “Jurisprudência Criminal”, Heleno Claudio Fragoso, vol. I, págs. 266/267, nº 244, Editora Borsoi, 1973, Rio.

delicada, porque a decisão favorável à concessão da ordem, com este fundamento, vai firmar coisa julgada no crime e estancar qualquer possibilidade de processo contra o mesmo paciente, pelo mesmo fato”⁵.

O próprio Professor José Frederico Marques, eminente autor do anteprojeto, observou que “em todas as hipóteses enumeradas nos nºs II a VII do mencionado art. 648, registra-se a falta de justa causa. Funciona, portanto, o item nº 1, como norma genérica ou de encerramento, porquanto toda coação antijurídica, que não se enquadre nos demais itens do art. 648, será subsumível no preceito amplo em que se fala de justa causa”⁶.

Assim, no amplo conceito do ilustre Tradadista, a noção de justa causa poderia abranger não só o mérito, mas também as mais diversas questões processuais previstas no modelo do art. 648 do Código de Processo Penal.

Merece observação a crítica científica feita pelo douto Autor do Anteprojeto ao tradicionalismo jurisprudencial, que, no seu entender, tem levado “a magistratura brasileira a interpretações restritivas sobre o conceito de justa causa”, criando com isto, muitas vezes, “dano irreparável em detrimento do direito de liberdade”, malgrado os termos amplos com que a Constituição procurou proteger o direito de ir e vir⁷. Parece-nos, nesse ponto, que a censura é, por demais, severa, já que, pelo me foi dado observar, se o conceito ganhou a extensão que hoje possui, tal amplitude deveu-se muito mais à justiça pretoriana que à criação doutrinária.

Agora, quando, no Congresso nacional, entra em discussão o projeto de Lei nº 633 de 1975 (Mensagem nº 159/75), relativo ao futuro Código de Processo Penal, a matéria assume especial relevância em face da importância que o conceito de justa causa passará a ter no futuro diploma processual penal. Trata-se do assunto, na parte que interessa ao presente estudo, no art. 8º do projeto, que dispõe que “não será admitida ação penal pública ou privada sem justa causa”, acrescentando o parágrafo único do aludido dispositivo que “a acusação, que não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo interesse, será rejeitada do plano por ausência de justa causa”. Colocado o tema no título da ação penal (Título II do Livro I), assume, como é natural, especial destaque já que em torno dele irá gravitar todo o fundamento da acusação.

Antonio Acir Brada, atrás referido, quando de seu percuciente estudo sobre o anteprojeto, entendeu que melhor seria deixar “a carga da doutrina” a elaboração de um conceito a respeito da controvertida expressão, elogiando, nesse ponto, o anteprojeto Tornaghi por “não tratar da justa causa mesmo ao mencionar os casos de constrangimento ilegal para fins de conhecimento de *habeas corpus*”⁸.

⁵ “Curso de Direito Judiciário Penal”. Vicente de Paulo V. de Azevedo, Vol. II, pág. 388, Edição Saraiva, 1958, São Paulo.

⁶ “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. I, pág. 398, Forense, Rio, 1965, 1ª edição.

⁷ *In op. cit.*, pág. 398.

⁸ *In op. cit.*, pág. 56.

Assim não está posto o problema no projeto, onde resultou delineando um conceito de justa causa, como ficou visto. Colocado o assunto nestes termos, resta, então, buscar uma interpretação a respeito do que se deve entender por fundamento razoável ou por legítimo interesse. A tarefa não se reveste de facilidade, convém assinalar. Em outra ocasião, tentei esboçar um conceito de fundamento razoável para a acusação, quando examinei a adoção do princípio da obrigatoriedade relativa no anteprojeto⁹, princípio que me parece mantido no atual Projeto. Naquela oportunidade, salientara que o anteprojeto teve em mira evitar a ação penal anti-social, norteando-se pela norma de superdireito do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Deu-se ao Ministério Público a oportunidade de, em face do caso concreto, emitir um juízo de valor a respeito da propositura da ação penal, norteando-se por três critérios principais: a natureza da infração penal, as condições pessoais do indiciado e a repercussão social do fato típico.

É trabalho ingente confiado não só à doutrina como à jurisprudência, mas também ao Ministério Público, pois, de acordo com o projeto, o exame do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação terminará no campo de atuação exclusiva do Ministério Público, não estando sujeito a controle jurisdicional, como, atualmente, ocorre (arts. 259 e 626).

Vê-se, desde logo, a importância maior que terá o Conselho Superior do Ministério Público, órgão criado, no Projeto, com a finalidade de fiscalizar e superintender a atuação do Ministério Público perante a justiça penal, a ser estruturado na forma do que dispuser a legislação local ou por meio de lei federal, no caso do Ministério Público da União do Distrito Federal e dos Territórios (art. 97, § u).

Mas à jurisprudência será, igualmente, reservado papel de relevo, pois, rejeitada de plano a inicial por ausência de justa causa, estará o Judiciário trazendo sua indispensável contribuição para o aprimoramento do conceito. Não se deve esquecer que, da decisão que indeferir a denúncia ou queixa, caberá apelação (art. 272, § 3º). Assim, juízes e tribunais concorrerão de maneira preciosa para que se chegue a uma melhor compreensão da vaga expressão.

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que muito embora o projeto tenha procurado indicar os casos em que não haveria justa causa para acusação, fê-lo de forma tão genérica, tal a largueza da expressão “fundamento razoável para acusação”, que, cumpre repisar, caberá à doutrina, à jurisprudência e ao Ministério Público a laboriosa tarefa de encontrar adequada definição para o conceito.

Como evitar o abuso decorrente de uma interpretação liberal, que conduzirá à impunidade, acarretando grave prejuízo para a repressão penal?

Nesse ponto, o Projeto criou organismos de controle que se exercerão, conforme o caso, pelo judiciário ou pelo Ministério Público, como, aliás, já foi ressaltado.

⁹ “Revista de Direito Penal”, nºs 9 e 10, págs. 49/53, Editora Revista dos Tribunais.

Demais disso, o projeto deixa claro que fica mantido o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, tendo em vista o caráter imperativo da regra contida no art. 5º, § 1º em que se estabelece que “a ação penal pública SERÁ PROMOVIDA pelo Ministério Público...” Ali não está dito que ação penal pública poderá ser movida mas, ao contrário, ordena-se, como regra geral, que ela seja proposta.

Fixado o princípio norteador, a coibir interpretação por demais liberal da expressão, evita-se prejuízo irreparável para a defesa social. Penso que, em linhas gerais, três pontos básicos devem orientar o hermeneuta na análise do que se deva entender por fundamento razoável para acusação: a natureza da infração praticada, a repercussão social do fato típico e as condições pessoais do indiciado. Os três aspectos deverão ser objeto de análise conjunta, não podendo o intérprete deter-se no exame insulado de um deles. Reunidos de maneira favorável ao indiciado, a ação penal seria anti-social por falta de fundamento razoável para a acusação. Caso típico de ação penal anti-social se daria no incidente doméstico, envolvendo familiares de bom passado, já reconciliados na ocasião em que a demanda deva ser proposta.

Como de observação tranquila, diante do que resultou exposto, a obrigatoriedade relativa nada tem a ver com a oportunidade. A regra continuará sendo a da ação penal obrigatória, que, em casos excepcionais, concorrendo, para tal, um somatório de condições favoráveis ao indiciado, ficará sujeita a critérios de mitigação.

Cumpre, antes de prosperar, deixar assinalado que “justa causa”, da maneira com que aqui está sendo estudada, não guarda qualquer relação de identidade com a expressão similar encontrada no art. 146, § 1º do projeto. Ali, quando trata dos prazos, o Projeto tem em mira regra semelhante ao mandamento legal contido no art. 183, § 1º do atual Código de processo Civil. Melhor seria que o Projeto, tendo em vista o conceito peculiar com que a expressão se apresenta no processo penal, adotasse terminologia diversa, como “justa razão”, “justo impedimento” ou quejandos, conjurando, assim maior confusão em torno de um conceito já de si, tão polêmico.

Pontes de Miranda, examinando a espécie, formula alguns exemplos, em sede processual civil, de casos de justa causa, tais como: “a enfermidade grave e repentina da parte, que teria de constituir advogado, ou que teria de comparecer pessoalmente para depor; o erro tipográfico do jornal oficial; a absoluta falta de meios para o transporte da parte, por pobreza, ou furto ou roubo; à prisão ilegal; a demora no deferimento de gratuidade”¹⁰. Os exemplos referidos (e nem todos encontram aplicação no processo penal) servem, apenas, para demonstrar a diferença de natureza da expressão justa causa, vista como justo impedimento para a prática de determinado ato, em relação ao mesmo conceito tal como é visto no presente trabalho.

Feito o parêntese, resta prosseguir.

¹⁰ “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo III, págs. 138/139 Editora Forense, 1974.

Mas as dificuldades não terminam aqui. O Projeto estabelece, ainda, que a acusação também merecerá rejeição de plano quando não revelar legítimo interesse. Em outras palavras: a falta de legítimo interesse retira a justa causa para a propositura da ação penal.

Partindo das preciosas lições do Autor do Anteprojeto, cumpre tecer algumas observações a respeito do seu pensamento doutrinário, que, certamente, influenciou a elaboração do trabalho legislativo em exame. Sustenta o exímio Professor que “a ausência de legítimo interesse obriga a que se examine, em alguns casos, a situação concreta que motivou a acusação. É certo que o *processus justus* nada tem a ver, como diz Belling, com a existência do direito de punir: este pode inexistir e o processo instaurar-se devidamente. Mas em algumas hipóteses excepcionais, admite-se a deliberação sobre a matéria de fato, a fim de que se verifique da existência do *fumus bonni juris* na acusação apresentada. Quando a acusação é manifestamente infundada, falta justa causa para o processo penal”¹¹.

Ao que parece, o ilustre Professor, neste ponto, está a referir-se à ausência de suporte fático para a acusação. Tal ensinamento reflete-se de forma nítida nos arts. 226, I e 238 do Projeto.

Porém, não se esgotam, ainda, as considerações do professor José Frederico Marques a respeito do que se deva entender por legítimo interesse. Com efeito, em seu magistério, está dito que, ausente o interesse de agir, falta justa causa para a propositura da ação penal, devendo o juiz rejeitar a denúncia por falta de condição exigida em lei para o exercício da ação penal (art. 43, III, CPP)¹². Nesse momento, o interesse de agir vem identificado com as condições de procedibilidade que, no campo do processo penal, seriam a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça nos casos de ação penal pública condicionada.

É de ver que as condições de procedibilidade não se confundem com as condições da ação, pois aquelas situam-se no campo dos pressupostos processuais, havendo, pois, diferença de essência entre uma e outra. A ausência da representação ou da requisição, conforme o caso, não faz do Ministério Público parte ilegítima, mas acarreta a nulidade absoluta, que contamina todo o processo, em face da ausência de um pressuposto processual de validade da instância. A distinção, por sinal, aparece bem nítida no art. 43, III do Código de processo Penal em vigo, tanto que, satisfeita a condição, a ação pode ser movida pelo Ministério Público (art. 43, § u, C.P.P.). Ora, se o Ministério Público fosse parte ilegítima ativa não poderia jamais propor a ação penal, mesmo satisfeita a condição.

Porém, outro foi o caminho traçado pelo Projeto, que reuniu em uma só definição os dois conceitos, realizando perfeita identificação entre as condições da ação e as condições de procedibilidade (arts. 227 e 228).

¹¹ *In op. cit.*, vol. II, pág. 383.

¹² *In op. cit.*, vol. I, págs. 319/320.

Aliás, o interesse de agir não se apresenta, no processo penal, com mesmo relevo com que surge no campo do processo civil, pois o interesse de agir ou o interesse legítimo está implícito em toda a acusação, porquanto o Estado não pode impor a pena senão através das vias jurisdicionais. Na verdade, não podendo o Estado tornar efetivo seu direito de punir, com a inflicção de pena, senão através do juiz, em face do princípio “*nulla poena sine iudice*”, vê-se, com facilidade, que o instituto se reveste de conotação própria para o processo penal. Nos casos de ação penal pública incondicionada o interesse processual do Ministério Público decorre do próprio princípio da legalidade, sendo, pois, presumido.

Verifica-se, de tudo que ficou dito, que o Projeto, ao cogitar da ausência de justa causa para a ação penal, seguiu duas orientações diversas. A primeira delas de caráter subjetivo, quando alude ao que chamou de “fundamento razoável” da acusação, em que a busca do conceito ficará à mercê de criterioso exame da doutrina, da jurisprudência e do Ministério Público. A segunda, de natureza objetiva, se encarado o legítimo interesse como falta da representação ou da requisição é omissão constatável objetivamente sem a necessidade de juízo de valor subjetivo. Mas mesmo aqui, haverá certa dose de subjetivismo, pois como resultou examinado, o interesse de agir para o ilustre Autor do Anteprojeto está, igualmente, vinculado ao suporte probatório da acusação, ou seja, que no limiar da ação vislumbre o juiz que o pedido traz aspecto de idoneidade. Não resta dúvida que a indagação a respeito do que, no exame do caso concreto, venha a ser “fundamento razoável” da acusação constitui matéria ligada ao mérito da ação penal e, pois, nesse passo, o Projeto está ligado à orientação tradicional do conceito de justa causa, tal como vem sendo estudado pela doutrina e reconhecido pela jurisprudência. Já no que respeita ao legítimo interesse, a noção de justa causa apresenta-se no projeto, desvinculada do mérito, consoante se procurou evidenciar no presente trabalho, desde que se faça perfeita distinção entre pressupostos processuais (entre os quais se incluem as condições de procedibilidade), condições da ação e mérito. É a doutrina do trinômio processual posta em relevo por Eliezer Rosa no seu precioso Dicionário.¹³

A expressão justa causa, como todo conceito de amplitude incontrolada, presta-se a um grande número de interpretações. Procurei, no presente estudo, analisa-la em face do Projeto, tomando por base os próprios ensinamentos do Professor José Frederico Marques, consubstanciados na sua notável obra processual.

Não resta dúvida que ficará para os doutos a penosa tarefa de encontrar solução para conceito tão polêmico. Por agora, ficam, apenas, algumas notas esparsas, fruto maior de minha perplexidade que da minha certeza diante do tratamento que o tema mereceu no Projeto.

¹³ “Dicionário de Processo Penal”, pág. 89, Editora Rio, 1975.

O aditamento provocado, uma heresia¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Sabe-se que o nosso Código de Processo Penal não prima pelo sistema nem pela qualidade, afirmação que não constitui novidade para aqueles que se ocupam do estudo do processo penal. Mas ele subsiste, desde 1941, apesar das sucessivas tentativas no sentido de dotar o País de um código atualizado. Emendado e remendado, ele vai seguindo a triste sina de “primo pobre” da lei processual. Desde o início da década de 60, ainda no Governo Jânio Quadros, surgiram anteprojetos e projetos, que ficaram pelo caminho. De todos, sem dúvida, o de melhor técnica foi o anteprojeto de autoria do saudoso professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, mestre de todos nós, que, como os demais, acabou abandonado. Optou-se, então, pelas reformas setoriais em diversos capítulos do Código, algumas de grande relevância, como aquela surgida em função da Lei 7210/1984 (Lei de Execução Penal). Esta última, embora não tenha revogado de forma expressa o Livro IV do Código, que regulava a execução, abrange toda a matéria relacionada com a execução penal. O diploma legal em questão é aqui referido a título meramente exemplificativo, não me movendo qualquer preocupação exaustiva quanto à enunciação das diversas leis extravagantes que, no decorrer dos anos, e quase sempre para pior, vêm alterando o velho Código, com maior ou menor amplitude.

Recentemente, foram elaborados onze anteprojetos pela “Comissão de Reforma do Código de Processo Penal”, presidida pela professora ADA PELLEGRINI GRINOVER e integrada por expressivo número de professores quase todos radicados em São Paulo.

Torna-se ocioso assinalar que, se transformados em lei os referidos anteprojetos, teríamos, praticamente, um novo Código, pouco restando (se é que sobraria algo!) do atual, em vigor desde os primórdios dos anos 40 do século passado e já bastante desfigurado². Ignoro o destino que os referidos trabalhos tomaram nos meandros do Congresso, quando foram transformados em projeto.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 19, p. 281-292, jan./jun. 2004.

² Caso o leitor manifeste interesse a respeito da matéria, poderá encontrar algum subsídio em meu estudo “O Anteprojeto sobre a Investigação Policial”, publicado na *Revista Jurídica*, da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ano 1, nº 1 - Janeiro/Junho de 2001, p. 103 e seguintes.

Pretendia, naquele ensejo, examinar todos os anteprojetos, porém, ao ser informado (não oficialmente) de que eles haviam sido retirados do Congresso, deles não mais se tendo qualquer notícia, abandonei a empreitada, até mesmo porque, àquela altura, diversos dispositivos do anteprojeto já haviam sofrido alteração no Legislativo.

2. Relatada, em breves linhas, a odisséia de quase meio século vivida pela reforma do processo penal e pelo aguardo de um novo Código, passemos ao exame do tema que motivou o presente estudo.

3. Sabe-se que o Código, pelo menos em palavras, adotou o sistema acusatório, ao proclamar “a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber *exclusivamente* a este a iniciativa da ação penal” (item V, da Exposição de Motivos do CPP) [destaque meu], atendendo ao princípio do *ne procedat iudex ex officio*. Mantinha, porém, o procedimento *ex officio* em relação às contravenções, o que, por si só, já desnaturava o “sistema” que pretendia adotar. (Vide “Ação Penal” em o nº V da “Exposição de Motivos” do CPP).

Na verdade, a forma mista foi sempre a que prevaleceu em nosso processo, não porém tal como ela é concebida pela doutrina tradicional, isto é, por uma combinação das outras: a investigação inquisitória e o julgamento acusatório. Adotou-se, na verdade, um sistema misto à brasileira, onde, na fase processual, vislumbramos um grande número de providências que viola, frontalmente, o sistema acusatório como já tivemos a oportunidade de salientar em outra ocasião, cujo estudo escapa aos objetivos do presente trabalho³. Aliás, nem mesmo nas chamadas formas secundárias do processo houve um critério rígido da parte do legislador da década de 40. Assim, por exemplo, o Código permite o sigilo em várias fases do processo (arts. 486, 745 e 792 § 1º), valendo ressaltar, ainda, que o procedimento comum é escrito, deixando-se a oralidade para os ritos sumário e sumariíssimo. Convém notar, no entanto, que em tais casos não haveria o que criticar, pois tais formas processuais são secundárias, uma vez que nem o sigilo nem a escritura integram a essência do processo inquisitório, assim como a oralidade e a publicidade nem sempre compuseram o quadro do processo acusatório no decorrer da História. Daí, falar-se em formas secundárias⁴.

4. Retomo o fio da meada e volto ao *thema* específico do nosso artigo. O caso mais comum e relevante de aditamento provocado é aquele previsto no art. 384, parágrafo único, do CPP, conhecido na doutrina sob a designação de *mutatio libelli*. Diz-se provocado o aditamento pois a iniciativa do acréscimo à acusação parte da autoridade judiciária. Ela instiga o *Parquet* à providência.

Resta indagar se, em face da nova ordem constitucional, que adotou, sem sombra de dúvida, o princípio acusatório (art. 129, I), tal modalidade de aditamento pode subsistir.

³ Para cumprida exposição das sucessivas violações ao sistema acusatório em nosso processo penal, convido o paciente leitor a fazer uma visita ao nosso estudo “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in *Revista da Defensoria Pública*, nº 17, pp. 191 e seguintes, Rio de Janeiro, 2001. Igualmente, será possível encontrar algum subsídio sobre o assunto em meu artigo in “MPM, em revista”, *Revista Cultural da Associação Nacional do Ministério Público Militar*, nº 2 - outono de 2003, pp. 10 e seguintes, no meu trabalho “Novas Questões de Processo Penal”, ali publicado.

⁴ Para um exame *ex professo* da matéria, consulte-se VINCENZO MANZINI, em seu *Diritto Processuale Penale*, vol. I, de modo especial os nºs 6 bis e 7, quarta edizione (1931), pp. 1 a 67.

Aliás, em matéria de aditamento, o Código de Processo Penal não poderia ter sido mais infeliz em sua regulação, começando pela própria topologia dada àquele instituto processual, pois colocado no título que trata da sentença (Título XII, do Livro I), ou seja, ao final do procedimento.

Na verdade, uma vez adotado o sistema acusatório, todo e qualquer aditamento (e o do art. 384, parágrafo único, do CPP, embora mais relevante, não resta solteiro no estatuto processual) só poderia decorrer de ação do Ministério Público. É o que na doutrina recebe a denominação de aditamento espontâneo, decorrência lógica do princípio da inércia que rege a jurisdição penal, tal como proclamado na “Exposição de Motivos” do CPP (3, *supra*), rica em palavras que a lei se encarrega de desmentir.

Aditar significa somar, acrescentar, crescer, pôr a mais. O ato de adição por parte do *Parquet* pode ser subjetivo ou objetivo. Subjetivo quando voltado para incluir no pólo passivo da relação processual outra pessoa que dela ainda não fazia parte. Já o aditamento objetivo importa na inclusão de novo fato ou circunstância ou ainda classificação nova que importe no agravamento da pena⁵.

Há, ainda, outras situações em que, na praxe forense, usa-se a expressão re-ratificação da denúncia⁶ para defini-las. Em tais casos, há mero suprimento de omissões, ou ainda retificações e/ou ratificações sem que daí advenha nova valoração jurídica do fato. Em suma: complementa-se apenas a exordial de acusação de maneira a torná-la mais perfeita. O art. 569 do CPP contempla a hipótese, valendo notar que, em tal situação processual, não há falar em aditamento no sentido em que estamos examinando o assunto, pois a imputação não é agravada. POLASTRI refere-se a esta modalidade de re-ratificação como aditamento impróprio⁷.

Não é objetivo do presente estudo ocupar-se do aditamento em todos os seus aspectos, nem demonstrar os defeitos graves com que a matéria foi versada no estatuto

⁵ Há entendimento jurisprudencial no sentido de não se admitir que a acusação adite a denúncia para incluir fato novo, salientando que o art. 384, parágrafo único, do CPP prevê, apenas, a *mutatio actionis*, ficando restrita à nova definição jurídica constante da denúncia, restando vetada a inclusão de fato novo. Para uma consulta aos julgados, veja-se o *Código de Processo Penal Anotado*, de DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 280, Editora Saraiva, 2002, 19ª edição. Parece-me que tal entendimento não traduz a melhor exegese do texto, pois a lei, ao falar em nova definição jurídica que importe na aplicação de pena mais grave, para toda a evidência, não pode ser interpretada literalmente, pois ela pode decorrer do surgimento de fato novo que atingirá a classificação da infração penal e importará no agravamento da sanção respectiva. Demais disso, seria absurdo, ferindo o princípio da economia processual, proceder-se sempre na forma do art. 40 do CPP, instaurando-se novo processo para o fato novo, com grave prejuízo para a persecução criminal, quando tudo pode e deve ser resolvido em único processo e numa mesma decisão. Reconsidero, assim, entendimento anterior defendido em meu livro *Processo Penal - Reflexões*, p. 43, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁶ Sobre a expressão re-ratificação, seu uso no foro e suas consequências, veja-se o meu estudo sobre a “Técnica da Denúncia”, in *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), vol. 5, nº 19, pp. 207 e seguintes, de modo especial o nº 16.

⁷ LIMA, Marcellus Polastri, in *Ministério Público e Persecução Criminal*, p. 285, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 3ª edição, 2002.

processual penal em vigor. Na verdade, o que aqui se pretende é evidenciar a total ilegalidade do chamado aditamento provocado.

5. Dois são os fundamentos filosóficos básicos a justificar o aditamento: a observância do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal por parte do *Parquet*, bem como o da congruência.

Não dispondo o Ministério Público do conteúdo material do processo, está ele obrigado a agir, desde que presentes as condições regulares para o exercício do direito de ação. O art. 24 do CPP, de maneira taxativa, estabelece que “nos crimes de ação pública, esta *será* promovida por denúncia do Ministério Público...

Ora, em conseqüência, o aditamento à denúncia a que alude o art. 384, parágrafo único do CPP é, igualmente, um dever jurídico para o *Parquet*, desde que se façam presentes as condições que o justifiquem. É mero consectário lógico do princípio da obrigatoriedade. Assim como ele vê-se obrigado a denunciar, situa-se, na fase do aditamento (que, em sua essência, reveste o caráter de denúncia), com o mesmo dever jurídico. Aliás, o aditamento nada mais é que um acréscimo *relevante* da inicial de acusação, relevante na medida em que, eventualmente, pode acarretar a aplicação de pena mais grave para o réu.

Outro fundamento lógico para o aditamento decorre do princípio da correlação entre a acusação e a sentença. Esta não pode apreciar fato diverso, não cogitado na petição inicial, ou pessoa não incluída na imputação originária.

6. O grave equívoco do Código consiste, justamente, em admitir o aditamento provocado. E é exatamente neste ponto que vamos nos deter.

Examinando o tema, no seu apreciado estudo sobre o aditamento, POLASTRI salienta que a “provocação do Ministério Público para oferecer o aditamento é *atividade anômala do juiz*, que age, *in casu*, como verdadeiro fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública”⁸. [grifos meus]

Função anômala ou atividade anômala do juiz, com a devida vênia, são expressões elegantes e imponentes, que, como num passe de mágica, fazem desaparecer a violação expressa ao sistema acusatório e legitimam o atentado contra a Constituição Federal.

Elas são usadas, a torto e a direito, para indicar as sucessivas e indevidas intervenções do juiz em atividades de persecução criminal que não lhe competem. Não será aqui a sede adequada para demonstrar o grande número de “funções anômalas” conferidas pela lei ao juiz no decorrer do estatuto processual ou em leis extravagantes, todas ignorando, por completo, o sistema acusatório⁹.

⁸ *Apud op. cit.*, in nº 06 dessas notas, p. 288.

⁹ Para um estudo mais aprofundado sobre a matéria, será possível ao leitor encontrar alguns exemplos em meus trabalhos “A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro - uma Falácia”, in *Revista da Defensoria Pública*, nº 17, pp. 191 e seguintes, Rio de Janeiro, 2001 e “Alguns Pespointos ao art. 28 do Código de Processo Penal”, in *Revista do Ministério Público-RJ*, 3ª fase, nº 17, pp. 221 e seguintes, 2003.

A única modalidade de aditamento tecnicamente admissível é o espontâneo, isto é, aquele suscitado pelo Ministério Público, titular privativo da ação penal pública (art. 129, I da CF), quando, no decorrer do processo, verificar que outro agente também atuou no fato criminoso, quer como autor, quer como partícipe, e não foi incluído na acusação (aditamento subjetivo) ou ainda quando ocorrer a prática de infração conexa com aquela constante da petição inicial e que, igualmente, não consta da denúncia (aditamento objetivo). Este último pode dar-se também quando emerge dos fatos uma qualificadora ou uma causa de agravamento da pena que não se fizera presente quando da propositura da ação penal. Aliás, pode ocorrer, dependendo do caso, que o aditamento assuma duplo aspecto: subjetivo-objetivo.

Averbe-se que não se trata de mera faculdade do Ministério Público aditar ou não a acusação. O aditamento decorre da estrita observância do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal, fundamento por excelência da acusação pública (5, *supra*), pois o *Parquet* há que observar *sempre* o dever jurídico de agir. Em outras palavras mais severas: ele não dispõe do poder de indultar, deixando de acusar por razões de política criminal.

Assim, *data venia*, não tem qualquer sentido afirmar-se que a providência judicial na hipótese do art. 384 parágrafo único, do CPP é medida “extrema” e “fiscalizatória” do juiz em relação à omissão do Ministério Público.

Vou repetir ainda uma vez mais: juiz julga e quem julga não pode promover atos de persecução criminal. O Ministério Público, *Deo gratias*, não precisa de “auxiliar” para estar a ditar o que ele tem que fazer ou não fazer. Ele age ou não age, adita ou não adita a acusação, correndo o risco processual de seus atos. Isto é sistema acusatório. O mais recente anteprojeto de Código de Processo Penal (1, *supra*) elaborado por uma Comissão de Juristas em São Paulo, tendo à frente a professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, cuidava com técnica esmerada do resguardo do sistema acusatório na fase pré-processual, estabelecendo um rígido critério de controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal no âmbito do próprio Ministério Público¹⁰.

Louve-se, na doutrina, a firme posição do Professor PAULO RANGEL¹¹, ilustre Promotor de Justiça fluminense, ao salientar, fiel à ortodoxia do sistema acusatório, que a provocação do juiz na hipótese que vimos examinando acaba por atingir a sua imparcialidade, que fica, sem dúvida, comprometida. Registra, ainda, aquele ilustre processualista que o aditamento, quando provocado, não encontra amparo na Constituição da República.

7. Há outras modalidades de aditamento, além daquela prevista no parágrafo único do art. 384 do CPP. Ela, porém, por sua incidência no foro somada à sua relevância

¹⁰ *Apud op. cit.*, in nº 1 dessas notas.

¹¹ RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*, p. 270, 6ª edição, Editora Lumen Juris, Rio, 2002.

para o processo, mereceu-nos maior atenção¹². Demais disso, como já ficou registrado, o assunto excederia à finalidade do presente estudo (4, *in fine, supra*).

8. Outro aspecto nem sempre ressaltado em termos do aditamento que estamos estudando refere-se ao fato de que a providência judicial faz nascer, a partir dela, para o acusado, uma imputação alternativa, dificultando-lhe a defesa na *fase final* do processo.

É sabido que na doutrina há grande repulsa para a chamada “denúncia alternativa” pelas dificuldades que ela pode trazer ao exercício do direito de defesa. Com efeito, as *Súmulas das Mesas de Processo Penal da USP* estabelecem¹³:

Em princípio, não se deve admitir denúncia alternativa, ainda quando houver compatibilidade lógica entre os fatos imputados, pois seu oferecimento quase sempre acarreta dificuldades ao exercício do direito de defesa (Súmula 1 - Denúncia Alternativa)

Não comungo, com a devida vênia, de tal entendimento, conforme já tive o ensejo de ressaltar quando do exame do assunto, parecendo-me perfeitamente correta a adoção da acusação alternativa¹⁴. Porém, não aqui e por iniciativa do juiz. Em primeiro lugar, visto que nesta fase, da sentença, o agente provocador da acusação alternada é o juiz, violando, nesse passo, o sistema acusatório e o princípio da inércia. Em um segundo motivo, por força do momento processual em que o réu vê-se surpreendido com uma possível mudança de rumo da imputação, fato que lhe trará, sem sombra de dúvida, grande dificuldade para adaptar a sua linha de defesa tendo em conta os novos caminhos impostos à acusação em função da iniciativa do “juiz-acusador”. É certo que o Ministério Público não estará obrigado a aditar a denúncia. Nem por isso o problema deixa de fazer-se presente diante da simples possibilidade de o *Parquet* ampliar a denúncia.

Portanto, mesmo no plano da mera conveniência, o aditamento na fase da sentença é, de todo, desaconselhável, podendo trazer prejuízo irremediável para a defesa, que se orientara, como é natural, voltada para a imputação contida na exordial de acusação.

9. Não bastasse a teratologia que traduz o aditamento provocado, e ainda muito restaria para ser dito e criticado em relação ao procedimento simplista que a lei processual

¹² Para uma relação das modalidades de aditamento contempladas no CPP, veja-se o completo estudo sobre a matéria levado a efeito por MARCELLUS POLASTRI LIMA, *apud op. cit.*, in nº 6, pp. 287, 316 e outras.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *Recursos no Processo Penal*, p. 427, Apêndice, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 3ª tiragem.

¹⁴ Veja-se, em meu trabalho “A Técnica da Denúncia”, in *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro) nº 19, 2002, pp. 207 e seguintes, exame mais acurado a respeito da imputação alternativa quando promovida por iniciativa do Ministério Público no momento do ofertamento da denúncia, providência, no meu entendimento, perfeitamente correta e que enseja à defesa, com a devida antecedência, apresentar sua resposta e produzir as provas que entender cabíveis.

traçou para o seu desenvolvimento, sem se dar conta da gravidade e da importância do ato que estava regulando.

Segundo dispõe o art. 384, parágrafo único, do CPP, desde que o Ministério Público aquiesça em aditar a denúncia, uma vez provocado pelo “juiz-acusador”, deve ser dada vista à defesa para que ela, no tríduo legal, possa oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Tomada a redação legal *au pied de la lettre*, chega-se, numa visão superficial, à conclusão de que a defesa pode sofrer grave prejuízo, caso o juiz venha aplicá-la em seus exatos e estritos termos. Muito mais deve ser feito, como a mim parece óbvio.

Assim, o aditamento, uma vez recebido, faz nascer nova imputação, alternativa é bem verdade, mas que pode importar na aplicação de pena mais grave na pessoa do réu. Pois bem, se assim o é, o acusado terá que ser citado, pois contra ele ergue-se, agora, nova acusação. Após, deverá ser interrogado para exercer a sua autodefesa, tudo nos termos dos arts. 185 a 196 do CPP, apresentando, em seguida, defesa técnica quanto ao aditamento, além de indicar as provas que pretenda produzir. Por sinal, a lei equivocou-se ao especificar a prova testemunhal como a excluir outras; bastaria a referência aos meios de prova que o réu tenha em vista produzir em face do aditamento, pois a testemunhal nada mais é que espécie do gênero prova. Nem mesmo o número de testemunhas pode ser limitado em três. Explica-se: o aditamento pode vir a incluir mais de um fato e para cada fato o réu terá o direito de incluir o limite máximo de três testemunhas. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar da denúncia (e o aditamento, ontologicamente, dela não difere), já manifestou entendimento que a restrição legal não se refere à parte mas sim aos fatos. Se dois são os fatos, tanto a acusação como a defesa poderão arrolar o número legal máximo para cada um deles¹⁵.

POLASTRI é de pensamento que, na espécie, não há necessidade de nova citação ou interrogatório, sob o argumento de que o “fato principal permanece o mesmo”¹⁶. Ouso dissentir do eminente exegeta pois, ao meu sentir, o fato principal já não é o mesmo. Pode até permanecer o mesmo, quando do julgamento, porém, outro poderá vir a ser acolhido, pois a imputação tornou-se alternativa.

Aliás, em certas situações, pode ocorrer até que o rito do processo venha a ser alterado em face da acusação mais grave ou ainda em razão de peculiaridades que venham a cercar o procedimento da infração penal acrescida.

Em tal emergência, é meu pensar, melhor será promover a separação dos processos, na forma do art. 80, *in fine*, do CPP.

¹⁵ Cf. RHC 65.673, DJU 11-3-88, p. 4742, in *Código de Processo Penal Anotado*, DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 308, Editora Saraiva, 19ª edição, 2002.

¹⁶ *Apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas, p. 311.

Além do mais, a lei, de maneira bizarra, não cogitou, sequer, do aspecto formal do aditamento. Ora, tratando-se de uma nova petição inicial de acusação (colocada embora pelo legislador na fase da sentença!), ela deverá conter todos os requisitos da denúncia, que não são apenas aqueles indicados no precário art. 41 do CPP, como tantas vezes já tivemos a oportunidade de assinalar¹⁷.

Não será necessário ir muito longe para constatar a completa ausência de um sistema regulando o aditamento provocado, tratado que é pela lei processual de forma fragmentária e empírica.

10. Chega-se, agora, a um ponto delicado envolvendo as conseqüências que tal modalidade de aditamento pode acarretar para a figura do juiz - imparcial no processo em que a acusação se vir acrescida por iniciativa sua.

Coerente com a nossa posição já externada em nosso estudo a respeito do art. 28 do CPP¹⁸, entendo que o juiz, ao provocar o aditamento, não mais poderá exercer jurisdição no processo respectivo, nascendo a incompatibilidade para tal em razão do impedimento, pois, quer queiram, quer não, manifestou pronunciamento de fato e/ou de direito sobre a questão a ser decidida. Acrescente-se que, ao receber a inicial, o juiz procede a um juízo de prelibação sobre as condições da ação e nem por isso fica impedido de prosseguir no feito. Ocorre, porém, que, ali, ao contrário do que aqui ocorre, há um exame perfunctório e, *em tese*, da viabilidade da demanda. Na fase de sentença tal não se dá. A instrução criminal está concluída, com a participação efetiva do magistrado, e, após, ao examiná-la, o juiz, *concretamente*, se dá conta de que, provavelmente, a acusação está a exigir agravamento, violando, a partir daí, o princípio da inércia. Para tanto, terá, necessariamente, que externar pronunciamento de fato e/ou de direito sobre o *thema decidendum*, ainda que o faça por meias-palavras, como costuma ocorrer. Porém, não resta dúvida, terá que expender razões, ainda que sóbrias, para tanto, pois todas as manifestações judiciais, necessariamente e por imperativo constitucional, terão que ser fundamentadas (art. 93, IX). Ora, ao fazê-lo, não mais poderá continuar atuando no feito, por manifesto impedimento. O Pretório Excelso já teve a ocasião de decidir que só há impedimento, referindo-se, aqui, expressamente ao art. 252 do CPP, quando o juiz se pronunciar de fato e de direito sobre a questão¹⁹.

Ora, salta aos olhos que o juiz, para provocar o aditamento, terá que dar as razões que motivaram tão relevante providência jurisdicional, que, em última análise, poderá

¹⁷ O art. 41 do CPP, ao disciplinar os requisitos da denúncia ou da queixa, fê-lo de forma inepta e omissa, deixando de lado uma série de dados essenciais que uma petição inicial deve conter.

Caso haja interesse no exame da questão, será possível examiná-la em nosso estudo "A Técnica da Denúncia", publicado na *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), nº 19/2002, vol. 5, pp. 207 e seguintes.

¹⁸ Remetemos o interessado ao nosso trabalho "Alguns Pespontos ao art. 28 do Código de Processo Penal", in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº 21, ago-set.2003, pp. 19 e seguintes.

¹⁹ Obra citada in nº 16 dessas notas.

importar na aplicação de pena mais grave na pessoa do réu. Mais importante ainda: ele, juiz, participou da colheita da prova ao presidir a instrução criminal.

É caso de dizer: teratologia gera teratologia...

11. Cabe perguntar: o Ministério Público fica obrigado a aditar a acusação?

Provocado o aditamento pelo “juiz-acusador”, o *Parquet*, caso entenda não ser o caso de *mutatio libelli*, não estará obrigado ao acréscimo pretendido, desde que convencido do acerto da acusação originária. Em tal situação processual, há corrente doutrinária no sentido de que o juiz poderá remeter os autos ao Procurador-Geral, invocando-se, por analogia, o art. 28 do CPP. É meu pensamento, já externado em estudo anterior²⁰, que, em face do sistema acusatório, a atuação do juiz está definitivamente banida de qualquer ato de provocação objetivando a instauração do processo. Penso, assim, que nem mesmo tal providência poderá ser tomada.

De qualquer forma, a consciência do membro do *Parquet* não poderá ser violentada, obrigando-o à formulação de uma acusação que ele entenda incabível. Nem mesmo o Procurador-Geral pode forçá-lo a agir. Para tanto, nossa Carta Política assegura aos membros do Ministério Público plena independência funcional (art. 127, § 1º). O impasse irá perdurar até que o Código de Processo Penal venha a adaptar-se à nova ordem constitucional, tal como previsto no anteprojeto a que nos referimos (1, *supra*).

12. Deflui de tudo o que ficou dito que o único aditamento possível, em face do sistema acusatório e por força do disposto no art. 129, I, da Constituição Federal, é o chamado pela doutrina de aditamento espontâneo, isto é, aquele que decorre da iniciativa do titular privativo da ação penal pública.

Ele é versado somente pela doutrina, pois nossa lei processual penal não lhe conferiu uma disciplina, apesar de todas as juras de amor pelo sistema acusatório encontradas em sua “Exposição de Motivos” (item 3, *supra*) e que, na realidade, não passam de palavras ao vento.

Em que momento o acréscimo à acusação poderá ser suscitado?

À falta de texto expresso de lei, penso que o aditamento espontâneo deverá ser providenciado tão logo se instaure motivo para tanto. Vai depender da hipótese. Normalmente, ele surgirá após o encerramento da instrução criminal probatória mas pode ocorrer que, antes, dada a manifesta omissão da denúncia, deva ser providenciado, corrigindo-se, desde logo, o rumo do processo. É certo, porém, que a iniciativa, normalmente, deverá ser tomada *antes* das alegações finais, momento derradeiro em que o Ministério Público aprecia o fato e o direito em sua plenitude, dispondo, para tanto, de todos os elementos constantes dos autos. Mas não será absurdo que o aditamento

²⁰ Obra citada *in* nº 16 dessas notas.

venha a ser provocado, *in extremis*, em linha de preliminar, na fase das alegações finais, se ultrapassada aquela oportunidade. O princípio da obrigatoriedade não se rende a filigranas.

Nem sempre será possível o aditamento no processo respectivo. Isto se dará quando a providência venha a acarretar tumulto processual. Em ocorrendo a situação anômala, melhor será ao Ministério Público provocar a separação dos processos, nos termos do art. 80, parte final, do CPP. Suponha-se, à guisa de exemplo, que se trate de processo volumoso, com excessivo número de acusados, ou, ainda, em que haja réus presos ou, por fim, já revestido de muitos incidentes no decorrer do seu andamento. Imagine-se, ainda, a possibilidade de o aditamento vir a provocar alteração do rito processual. Em todas estas situações aqui ventiladas, em que nem de longe aspiramos a exaustividade, recomenda-se a separação dos processos. Uma coisa é certa: jamais o Ministério Público, por força do princípio da obrigatoriedade da ação penal, poderá abrir mão da acusação agravada em razão das dificuldades apontadas. Apenas deverá optar pelo caminho que o bom-senso, no caso concreto, está a ditar.

13. Cabe recurso contra a decisão que rejeita o aditamento espontâneo?

A dificuldade da resposta nasce do fato de que, como a lei não previu tal modalidade de aditamento, não poderia, como é natural, cogitar do recurso para o enfrentamento da sua rejeição.

O problema, ao meu alvedrio, pode ser contornado, desde que se medite, com o necessário cuidado, sobre a ontologia do aditamento. Na verdade, o aditamento nada mais é que um acréscimo à denúncia. Portanto, denúncia é, trazendo nova e mais completa imputação.

Assim analisada a questão, torna-se possível perquirir o recurso cabível contra a decisão que não admite a inicial acrescida.

O pensamento da doutrina e, principalmente, da jurisprudência está dividido na abordagem do assunto. Expressiva corrente jurisprudencial entende incabível a interposição do recurso em sentido estrito contra a decisão que deixa de acolher o aditamento à denúncia, pois a hipótese não se encontra contemplada em lei, sustentando que a enumeração do art. 581 é taxativa e, por esse motivo, não suporta ampliação. Porém, em julgado relativamente recente, o Supremo Tribunal Federal, ao debruçar-se sobre a matéria, considerou exemplificativa a enunciação constante do art. 581 do CPP, ao julgar o HC 75798 (2ª Turma, j. 23.3.98, *Informativo STF* 104/2, abr. 1998)²¹. Nessa maneira de ver, tornar-se-ia possível a invocação à analogia (art. 3º do CPP), ensejando a possibilidade de interposição do recurso do art. 581, I, do CPP, dada a assemelhação de situações processuais.

Entendo, com o maior respeito que me merecem as decisões do Excelso Pretório, que a orientação seguida, ao meu sentir, não perfilhou o melhor caminho. Caso o

²¹ Fonte: *CPP Anotado*, DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 432, Editora Saraiva, 19ª edição, 2002.

legislador pretendesse que o rol do art. 581 do CPP fosse meramente exemplificativo, não se justificaria a enumeração dos 24 casos em que o recurso é cabível. Teria, ao revés, tomado o caminho seguido pelo Código de Processo Civil, adotando o agravo de instrumento contra toda a decisão proferida no curso do processo pela qual o juiz julga questão incidente. Assim, de todas as interlocutórias o recurso cabível é o de agravo de instrumento, reservando-se a apelação contra a sentença, ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito.

Ao meu julgamento, no regime do CPP, o recurso cabível contra a decisão que rejeita o aditamento espontâneo é o apelo residual contemplado no art. 593, II da lei processual. Ali está dito, com todas as letras e de forma bem clara, que caberá apelação das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular, *nos casos não previstos no capítulo anterior* (grifos nossos). Ora, o capítulo anterior a que a lei faz referência é o segundo, que trata, exatamente, “do recurso em sentido estrito”.

Creio, porém, que, em face da divergência demonstrada, não haverá maior problema na abordagem da matéria pela simples adoção do princípio da fungibilidade dos recursos, expressamente previsto no art. 579 do CPP.

A apelação será indispensável por parte do Ministério Público caso o aditamento pretendido venha a ser rejeitado, pois, como sabido, ele não pode ser efetivado na instância superior, conforme sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no verbete de nº 453.

14. Como tivemos a ocasião de assinalar no início da presente exposição (4, *supra*), não é nossa pretensão estudar o aditamento em todas as suas modalidades. Há vários outros casos de aditamento contemplados no Código de Processo Penal que, aqui, não foram objeto de exame, uma vez que era nosso propósito demonstrar, apenas, mais um grave caso de violação ao sistema acusatório e que encontra incidência rotineira no foro, sem que uma voz, sequer, se levante contra o absurdo.

POLASTRI, no seu cuidadoso estudo sobre o aditamento, indica alguns outros casos: arts. 384, parágrafo único, 76 e 77 (devido à conexão ou continência), 569, 408, §§ 4º e 5º, e 410, todos do CPP²², aos quais permito-me acrescentar a hipótese contemplada no art. 29 da lei instrumental penal básica. (Esta, por sinal, absolutamente correta e bem disciplinada na lei).

15. Mais de 60 anos são passados da vigência do nosso Código de Processo Penal. Nesse período, a humanidade sofreu profunda transformação em todos os setores da vida. Tudo foi repensado. Virado e revirado, ora para melhor, ora para pior. De um lado contemplou-se um inimaginável progresso científico, aliado ao desenvolvimento de uma técnica quase milagrosa. No campo ético e dos costumes em geral, experimentou-se a passagem de um comportamento excessivamente rigoroso, herdeiro fiel da era vitoriana, para um “vale tudo” capaz de fazer corar um frade de pedra. De permeio atravessamos

²² *Apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas, p. 287.

uma guerra mundial, a que sobreveio a “guerra fria”, seguida da queda do muro de Berlim, com a implosão da URSS. Passamos por um concílio, o Vaticano II, voltado, em suas origens, para tratar apenas de matéria pastoral, mas que, pelo menos nos seus efeitos, acabou por afetar, seriamente, a vida de muitos católicos doutrinariamente bem formados.

Pois bem, enquanto o mundo era sacudido por todas a essas mudanças substanciais, nosso velho Código de Processo Penal, a mostrar nítidos sinais de decrepitude, permanece incólume, sofrendo alterações meramente tópicas (as chamadas reformas setoriais) através da edição de leis extravagantes, muitas delas de má qualidade, que se sucedem e que, tantas vezes, comprometem o já precário contexto sistemático do Código.

O aditamento provocado revela, apenas, uma faceta dessa balbúrdia.

II Domingo do Advento do Senhor (A.D. 2003)

A queixa subsidiária – questões controversas ¹⁻²

Sergio Demoro Hamilton

1. O Código de Processo Penal, em seu artigo 29, cogita da ação privada subsidiária da pública. Na atualidade, por força do art. 5º, nº LIX da CRFB, a queixa substitutiva adquiriu *status* constitucional, fato que lhe confere um relevo todo especial, a exigir, por tal razão, exame cuidadoso a respeito das controvérsias que giram em torno da matéria.

2. O primeiro e grave equívoco envolvendo o tema em foco consiste na própria designação consagrada pela doutrina para identificar o instituto processual em exame. Com efeito, como já ressaltai em estudo empreendido, há mais de 15 anos (1981), a respeito do anteprojeto de Código de Processo Penal³ que então fora elaborado, a expressão ação privada subsidiária da pública padece de imperfeição técnica, pois a indicação legal faz entrever que a ação do particular legitimado a agir é privada, quando tal não se dá. A ação penal em questão jamais perde seu caráter público, como, aliás, a própria redação da parte final do art. 29 do CPP deixa evidenciado. O equívoco doutrinário, quero crer, tem sua origem na defeituosa redação do proêmio do art. 29 em exame, quando registra: “*será admitida ação privada nos crimes de ação pública...*”. Ora, a ação penal ou é pública ou é privada; *tertius non datur*. Portanto, a redação do Código, tal como está posta, consagra um absurdo lógico e ontológico. A Constituição Federal, na mesma linha de raciocínio, estabelece que “*será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*” (art. 5º, nº LIX). É interessante observar que o Código, em outras passagens, trata adequadamente da matéria; observe-se, *verbi gratia*, o disposto no art. 500, § 2º do CPP, quando a lei processual, com inteira adequação, regula o prazo para alegações finais no procedimento comum. Ali está dito que o Ministério Público, nos crimes de ação privada ou “*nos processos por crime de ação pública iniciados por queixa...*” (destaques meus). Pode-se aludir, também, ao título das nulidades (Livro III, Título I), quando, no art. 564, inciso III, o Código põe em elenco uma série de nulidades. Na verdade, entre elas, consta, na letra “d”, o seguinte enunciado: “*(omissis) ... a falta de intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública*” (destaques meus). Averbe-se, ainda, o parágrafo único do art. 384 do CPP, onde, acertadamente,

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 10, p. 189-202, jul./dez. 1999.

² Estudo concluído em 28/12/1998.

³ SERGIO DEMORO HAMILTON, “Primeiras Notas sobre o Anteprojeto de Código de Processo Penal”, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 13, 1981 (2ª fase), p. 219/229, item 07.

fala-se em queixa em processo por crime de ação pública. Portanto, a redação que me sabe correta para o art. 29 do CPP seria a seguinte: “*será admitida queixa do ofendido ou de seu representante legal nos crimes de ação pública quando...*” Poder-se-ia acrescentar um parágrafo ao art. 29, reproduzindo os dizeres do art. 31 do CPP, para contemplar as hipóteses especiais ali indicadas. Cumpre pôr em relevo que, dessa maneira, o vocábulo queixa estaria sendo usado com precisão para designar a petição inicial da ação privada, bem como para os casos de incidência da norma do art. 29. Na verdade, o Código em vigor confunde queixa com ação penal privada, que são espécies processuais ontologicamente distintas. Ao contrário do que, às vezes, se afirma, há, somente, duas modalidades de ação penal de iniciativa privada: a ação privada propriamente dita, excogitada nos arts. 30 e 31 do CPP, e a personalíssima, prevista em casos raros (arts. 240, § 2º e 236, § único do CP), assim chamada porque, em tais hipóteses, somente o ofendido pode ajuizar a demanda, não encontrando incidência a regra do art. 31 da lei processual penal.

3. Quando tem cabimento a queixa substitutiva?

Segundo a lei, quando a ação penal pública não for intentada no prazo legal. Também aqui o art. 29 apresenta-se defeituoso. A redação correta deveria referir-se ao pronunciamento do Ministério Público, que, necessariamente, nesta fase, não está voltado para o oferecimento de denúncia. Com efeito, neste momento processual, abre-se ao Ministério Público a oportunidade de determinar (não requerer!) a devolução dos autos do inquérito à autoridade policial, para que novas diligências sejam encetadas, desde que, ele, Ministério Público, a seu critério, as entenda indispensáveis para o oferecimento de denúncia. Observe-se que, diante da nova ordem Constitucional, o Ministério Público não mais requer ao juiz a devolução do inquérito policial, tal como consta do art. 16 do CPP, tendo em conta a regra do art. 129, I e VIII da CRFB, que, acertadamente, retirou do juiz as atividades de persecução criminal. Por igual razão, não mais incumbe ao juiz fixar o prazo para a realização de diligências necessárias para a conclusão do inquérito policial como, absurdamente, está previsto no Código (art. 10, § 3º). Outra providência que, nesta fase, poderia ocorrer seria o arquivamento do inquérito policial. É certo que, ainda neste momento do procedimento policial, outros incidentes adviriam, como, por exemplo, a suscitação de um conflito de atribuições. Porém, em regra, nesta fase, ou tem início a ação penal, mediante o oferecimento de denúncia, ou haverá a devolução dos autos para a autoridade policial (impropriamente chamada, na praxe forense, de “baixa”) ou, por fim, ocorrerá o arquivamento do inquérito policial. Pois bem: o art. 29 do CPP, equivocadamente, faz referência, apenas, à primeira providência. Ora, a leitura correta que o texto legal exige seria a que se propõe: “*esgotado o prazo sem pronunciamento do Ministério Público, será admitida queixa do ofendido ou do seu representante legal nos crimes de ação pública...*”

4. A defeituosa redação do texto legal ensejou discussão na doutrina e na jurisprudência, onde não faltou quem entendesse que, em casos de arquivamento, haveria

inércia do Ministério Público, justificando a queixa subsidiária. Tal entendimento teve a aboná-lo, entre outros, o peso da grande autoridade de TORNAGHI⁴. O tema ensejaria, por certo, longa análise. Porém, na atualidade, o assunto perde interesse prático, uma vez que a Súmula 524 do STF vedou, expressamente, a propositura de ação penal, após o arquivamento do inquérito policial, sem a existência de novas provas.

De qualquer forma, sempre pareceu-me equivocada a posição daqueles que viam no arquivamento uma atitude equivalente à inércia do Ministério Público. No arquivamento, ao revés, há um *facere*, ocorre uma atuação do *Parquet* no sentido da ausência de condição da ação. Demais disso, o requerimento de arquivamento fica sujeito a controle jurisdicional (art. 28 do CPP), exercendo o juiz uma função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Mesmo nos casos de atribuição originária, o arquivamento determinado pelo Procurador-Geral pode ser impugnado pela parte interessada, que dispõe da via revisional, no âmbito do Ministério Público Estadual, contra aquela decisão administrativa, para o Colégio de Procuradores de Justiça (art. 29, VII, c/c 12, XI da Lei nº 8.625, de 12/02/93).

Ora, seria rematado absurdo que se entregasse ao particular tal poder de ação, estando o arquivamento sujeito a tão rigoroso controle por parte do Ministério Público e, em certos casos, ao controle externo do próprio Poder Judiciário. Nesse ponto, o art. 29, em comento, não poderia ter sido claro ao admitir a queixa subsidiária quando a ação pública (*rectius*, manifestação do *Parquet*) “*não for intentada no prazo legal*”. Portanto, quando o Ministério Público requer o arquivamento, não está atuando de forma desidiosa, quedando-se inerte. Ao contrário, está afirmando que o caso não comporta ação, dando as razões de seu convencimento.

É preciso assinalar, ainda, que se, no prazo legal, o Ministério Público determina a devolução dos autos para que a autoridade policial realize novas diligências, igualmente, aí, descabe a queixa subsidiária. A queixa substitutiva só tem lugar quando houver inércia do *Parquet*; quando ele opera, quando há um atuar da sua parte, não se pode falar em inércia.

Quid juris se a diligência pretendida pelo Ministério Público for despropositada? Ainda assim ele obrou; no caso, quando muito, poderá o interessado dirigir-se ao Procurador-Geral postulando no sentido de demonstrar a inocuidade da providência, cabendo à Chefia do *Parquet* decidir a respeito, por mera aplicação analógica ao disposto no art. 28 do CPP.

E se, por acaso, embora excedendo o prazo legal, o Ministério Público vier a oficiar nos autos, ofertando denúncia, requerendo o arquivamento do inquérito policial

⁴ HELIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, vol. III, pp. 352/355, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, 1ª edição.

ou, ainda, devolvendo os autos para novas diligências que entenda imprescindíveis ao oferecimento da denúncia?

Também, em tais circunstâncias, não terá cabimento a queixa substitutiva, salvo se ela vier a ser ofertada antes que uma daquelas manifestações ganhe publicidade com o depósito dos autos em cartório por parte do Ministério Público. Em caso contrário, não, pois, ainda que a destempo, o Ministério Público já oficiou nos autos. O particular poderia ter atuado, mas não o fez; não lhe cabe, agora, interceptar o andamento dado ao feito pelo Ministério Público.

5. Como se conta o prazo para o Ministério Público em tais hipóteses?

Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição de recurso, diz a lei (art. 800, § 2º do CPP).

Mas não basta o termo de vista. Torna-se indispensável que a vista seja acompanhada pelo depósito dos autos respectivos no gabinete do Promotor de Justiça, para que ele tenha certeza a respeito de que momento passa a correr seu prazo (art. 41, IV da Lei nº 8.625, de 12/02/93). Só assim estará documentada a fluidez do prazo. Mas não basta o depósito; haverá necessidade da firmação de recibo por parte do responsável pela recepção dos autos.

Diga-se o mesmo quando estiver em jogo petição ou peça de informação protocolizada no Gabinete do Procurador-Geral de Justiça. Aqui, também, o prazo para officiar só começa a fluir a partir do momento em que, *efetivamente*, o expediente for entregue, mediante registro próprio, ao órgão de atuação dotado de atribuição para officiar no feito (Procurador-Geral, Assessoria Criminal ou outro órgão de atuação). O prazo não corre, assim, da entrada das peças de informação no protocolo da Procuradoria-Geral de Justiça, mero organismo administrativo do Ministério Público. Já tivemos a oportunidade de demonstrar o grave equívoco que existe na contagem dos prazos para o Ministério Público em tal hipótese, desde que não se faça a indispensável distinção entre aquelas duas situações⁵.

6. Uma vez proposta a queixa subsidiária, impõe-se empreender análise a respeito da atuação do Ministério Público, pois o art. 29 do CPP alude a diversas situações que podem ocorrer no decorrer da ação penal, sem discipliná-las nos dispositivos que se seguem.

⁵ SERGIO DEMORO HAMILTON, “A Técnica do Parecer”, in *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 19, 1994 (abril-junho), pp. 19/32, item 03.

a) A primeira indicação feita na lei refere-se ao aditamento da queixa.

Aditar significa somar, acrescer, acrescentar, pôr a mais. O ato de adição por parte do Ministério Público pode ser objetivo e/ou subjetivo. Objetivo quando o *Parquet* acrescenta outra infração penal não contida explícita ou implicitamente na queixa ou, ainda, quando agrava o tipo penal noticiado na inicial, mas que nela, da mesma forma, não se encontra, sequer, narrado. *Exempla*: a queixa cuida de um furto qualificado, mas se omitiu quanto ao crime de desacato que àqueloutro delito se seguiu. O aditamento, aqui, será objetivo. Ou ainda: a queixa cogitava de um furto simples, mas os autos retratavam um furto qualificado. Também aqui, o aditamento, incluindo a qualificadora, será objetivo. *Tício* e *Caio* cometeram a infração penal, mas a exordial do ofendido só imputou ao primeiro a conduta típica. Cabe ao Ministério Público aditar a queixa para nela incluir *Caio*. Aqui estaremos diante de um aditamento subjetivo. Neste último caso, como de observação tranqüila, há inclusão de novo sujeito no pólo passivo da relação processual. Outras vezes, pode ocorrer aditamento subjetivo-objetivo. Tal se dará quando, ao lado do agravamento da acusação, venha a ser incluído, também, novo querelado.

Para tanto, o Ministério Público dispõe de um prazo exíguo, de apenas 03 dias (art. 46, § 2º do CPP), e, caso não se pronuncie no tríduo, entende-se que nada tem a aditar. É o que manda a lei. Pois bem: se assim for, o eventual aditamento, segundo dispôs o Código, ficará deslocado para a fase que antecede a sentença (art. 384, § único do CPP), embora, tecnicamente, esta não seja a melhor solução. Porém, o tema em questão excede os limites do assunto objeto de nosso estudo. Tem mais: em face dos termos da lei processual, o aditamento, nesta última fase, só poderá ser objetivo, pois o dispositivo em questão só contempla a hipótese de “*nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave*”. No caso de inclusão de novo réu, só restará ao Ministério Público, agora em processo próprio, oferecer denúncia contra o mesmo.

É interessante observar que o Código disciplina o aditamento quando em jogo crime de ação privada, velando, na ocasião, pela fiel observância do princípio da indivisibilidade da ação penal (arts. 45, 46, § 2º e 48 do CPP). Em relação aos crimes de ação pública, dele não se ocupou. O silêncio é, de todo, compreensível, pois a indivisibilidade é decorrência lógica do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Porém, voltou a ocupar-se do aditamento no art. 29, em estudo, sem, no entanto, tecer maiores explicações.

Como se fará o aditamento?

Penso que o aditamento deverá obedecer todas as exigências de forma do mal acabado art. 41 do CPP, ou seja, os requisitos de uma petição inicial, pois ele contém nova imputação. Da mesma maneira, o aditamento, tal como a queixa substitutiva, terá que ser recebido pela autoridade judiciária, formando-se um litisconsórcio ativo entre o querelante e o Ministério Público. Trata-se, no meu entender, de litisconsórcio necessário e inicial (não-incidental), uma vez que, embora o querelante não tenha

apresentado uma queixa completa, antes que ela se visse recebida, o Ministério Público veio a aditá-la, complementando-a.

Portanto, quando o Ministério Público adita a queixa substitutiva, assume, sem sombra de dúvida, a posição processual de parte, retomando, desde logo, ao lado do querelante, como litisconsorte, a posição de parte principal.

Interessante a observação feita pelo douto membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor AFRANIO SILVA JARDIM⁶, quando, ao examinar o aditamento, põe em relevo o fato de que se o Ministério Público não adita a queixa subsidiária, levando-se em linha de conta que o crime é de ação pública, o juiz, caso entenda violado o princípio da obrigatoriedade, deve aplicar a regra do art. 28, remetendo os autos ao Procurador-Geral.

b) O repúdio à queixa.

Repudiar significa rejeitar, repelir, recusar⁷.

De que maneira o Ministério Público pode manifestar seu repúdio à queixa substitutiva? A lei não regulou a matéria. Aliás, este é o único momento em que o Código, no art. 29, alude ao repúdio.

Penso que o Ministério Público pode repelir a queixa pelos mais diversos motivos. Sem pretender enunciá-los exaustivamente, até porque, na prática, a hipótese é rara de ocorrer, passo a indicar algumas situações processuais em que o Ministério Público poderia manifestar seu repúdio à queixa subsidiária:

- I – quando faltasse ao querelante suporte fático para embasar a acusação, que, assim, teria sido precipitadamente ofertada;
- II – por inépcia formal da queixa, apresentada em desconformidade com os arts. 41 do CPP c/c 282 do CPC e 3º do CPP;
- III – por faltar condição exigida em lei para o exercício da ação penal;
- IV – por não ser típico o fato narrado na inicial;
- V – por estar extinta a punibilidade do fato;
- VI – por ser o querelante parte ilegítima *ad causam*;
- VII – por falta de justa causa para a demanda;

⁶ AFRANIO SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal*, 1991, p. 191, Ed. Forense, Rio de Janeiro.

⁷ AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 1221, Editora Nova Fronteira, 1ª edição, 5ª impressão.

VIII – por inépcia material, isto é, quando a queixa subsidiária, embora narrando uma infração penal, fá-lo em total descompasso com os fatos noticiados no suporte probatório que lhe serve de base;

IX – por não haver decorrido o prazo legal para o oferecimento da queixa, não estando, assim, caracterizada a inércia do Ministério Público, *et reliqua...*

c) Conseqüências do repúdio.

Uma vez repudiada a queixa substitutiva por parte do Ministério Público, não importa a causa, os autos deverão ser conclusos ao juiz do feito para que decida a respeito da questão suscitada, que motivou o repúdio. Abrem-se, então, duas opções ao magistrado: ou ele acolhe o repúdio e, em conseqüência, rejeitará a queixa, por um dos fundamentos dos arts. 41 e 43 do CPP, ou recebe a exordial, desacolhendo a fala do *Parquet*. No primeiro caso, poderá o querelante interpor recurso em sentido estrito da decisão (art. 581, I do CPP). Preclusa a decisão, desde que contra ela não recorra o querelante ou esgotadas, sem sucesso, eventuais manifestações recursais, os autos deverão voltar com vista ao Ministério Público na forma indicada (nos 03 e 05, *supra*) para que ele, diante do caso concreto, tome a providência que o caso exigir. É bom ficar assinalado que o Ministério Público não estará obrigado a ofertar, desde logo, denúncia. Poderá, se a hipótese assim aconselhar, requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação ou, ainda, requisitar a devolução dos autos para a realização de diligências que entender indispensáveis para o ajuizamento da ação penal. Estas, como já afirmado, são as providências comuns que, normalmente, o Ministério Público adota nesta fase do procedimento. Eventualmente, poderá ocorrer uma situação especial, como, por exemplo, a suscitação de um conflito de atribuições (03, *supra*).

E se o juiz, ao contrário, recebeu a queixa tal como formulada, providência que, *ipso facto*, importará no afastamento do repúdio?

Da decisão que recebe a queixa, normalmente, não cabe recurso. Excepcionalmente, na Lei de Imprensa, será possível interpor recurso em sentido estrito sem suspensão do curso do processo (art. 44, § 2º da Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967). Mas esta é uma hipótese excepcional, voltada para a ação privada. Porém, nos demais casos, nada impede que o querelado ou o próprio Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, venha a impetrar *habeas corpus* (art. 654 do CPP), desde que vislumbre falta de justa causa para o processo.

Pois bem: uma vez recebida a queixa, como fica o Ministério Público, cujo repúdio não mereceu acolhida?

Ele continuará no feito, intervindo em todos os termos do processo e com amplas faculdades processuais, pois a ação penal é pública. Assim, poderá produzir prova e

interpor recursos diversos. Caso venha a ocorrer a negligência do querelante, manda a lei, volta o Ministério Público a atuar como parte principal. Nesta última hipótese, poderá o *Parquet*, dependendo do motivo pelo qual repudiou a queixa, reiterar em suas alegações finais os argumentos que expendeu quando do repúdio.

d) A denúncia substitutiva.

A denúncia substitutiva é consequência natural do repúdio à queixa. É certo que, como restou assinalado (6, “c”, *supra*), nem sempre o repúdio à queixa importará no oferecimento de denúncia substitutiva. Somente em certos casos ela terá lugar, como, entre outros, por exemplo, nas hipóteses de inépcia formal da queixa ou, ainda, quando esta, embora narrando um fato típico, afasta-se, por completo, do suporte probatório que lhe serve de base. Em outras hipóteses, não haverá lugar para a substituição da queixa pela denúncia, como, por exemplo, nas situações indicadas acima no item 6, “b”, I, III, IV, V e VII.

Qual a razão da expressão “denúncia substitutiva”?

A lei usou, com inteira propriedade, a locução “denúncia substitutiva” justamente para indicar que a denúncia irá ocupar a posição processual da queixa rejeitada mediante decisão coberta pelo manto da preclusão. Ela será a nova inicial da acusação, afastando a queixa. É interessante observar a inversão de posições que, novamente, torna a ocorrer em relação à parte autora da ação penal. Explicando melhor: o Ministério Público é o legitimado ordinário para a ação penal de iniciativa pública. Porém, em face da sua inépcia (art. 29 do CPP), vê-se substituído pelo ofendido (legitimado extraordinário), que assume a condição de parte autora. Pois bem: com a denúncia substitutiva, ele, Ministério Público, readquire, plenamente, aquela posição, retomando a posição de parte principal. Tal se dá, igualmente, com o aditamento. No entanto, neste, o querelante continua no processo, formando-se um litisconsórcio ativo necessário (6, “a”, *supra*). Já quando ocorre a denúncia substitutiva, o querelante acaba expungido do feito.

A denúncia substitutiva deve conter os requisitos formais exigidos pelo incompleto art. 41 do CPP, que deverá ser combinado com os arts. 282 do CPC e 3º do CPP e, uma vez oferecida, terá que ser recebida. É pouco provável que o juiz venha a rejeitá-la, tendo em conta que a nova inicial de acusação foi precedida de providências acima estudadas (6, “b” e “c”, *supra*). Se a autoridade judiciária acolheu as ponderações do Ministério Público, é porque entendia incabível a queixa. Porém, caso a denúncia substitutiva venha a ser rejeitada, o Ministério Público terá recurso em sentido estrito (art. 581, I do CPP) como meio adequado para impugnar a decisão.

É certo que, agora, novamente, como parte principal, caberá ao Ministério Público atuar de forma ampla no processo, tal como ocorreria caso, originariamente, tivesse oferecido denúncia, produzindo prova, recorrendo *etc.* Com efeito, se, mesmo nos casos de queixa subsidiária, ele estava obrigado a intervir em todos os termos do processo,

exsurge evidente que, no momento em que ele volta a atuar como parte principal, através da denúncia substitutiva, sua atuação, nos limites da lei, não poderá sofrer qualquer limitação. Aliás, mesmo atuando como fiscal da lei, justamente por tratar-se de ação pública, o art. 29 do CPP, como não poderia deixar de ser, dá ao Ministério Público ampla intervenção na queixa substitutiva.

e) A negligência do querelante.

Nos casos de *exclusiva* ação privada, caso o querelante deixe de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos, extingue-se a punibilidade do fato pela preempção (art. 60, I do CPP c/c 107, IV do CP). Aliás, no aludido art. 60 do CPP, são contemplados outros casos de negligência. É o caso, por exemplo, da sucessão processual regulada no inciso II, quando, falecendo o querelante ou sobrevivendo sua incapacidade, deixa de prosseguir no processo, no prazo de 60 dias, qualquer das pessoas legitimadas para dar seguimento à ação penal, observada a ordem de enumeração constante do art. 31 do CPP. Também, quando o querelante, abandonando a instância, deixa de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, dá-se a preempção (art. 60, III do CPP). Em todos estes casos, há negligência do querelante.

Na queixa substitutiva, tal não se dá. A preempção é causa extintiva da punibilidade própria dos crimes de exclusiva ação privada. Na hipótese do art. 29 do CPP, em exame, encontra-se em jogo infração penal de ação pública. Portanto, o abandono por parte do querelante em nada influi no andamento da causa penal, pois o Ministério Público retoma a ação como parte principal. Dá-se, então, um fenômeno assemelhado ao que estudamos quando do exame da denúncia substitutiva (6, “d”, *supra*), se bem que por motivos outros, voltando-se a inverter a posição das partes. Agora, o legitimado ordinário reassume a sua posição de parte principal no lugar do legitimado extraordinário.

Da mesma maneira, se o querelante pedir a absolvição do réu, quando das alegações finais, não há falar em preempção (art. 60, III, *in fine*, do CPP). Esta só se dá nos casos em que somente se procede mediante queixa. Em tal caso, o Ministério Público, quando chamado a officiar após o querelante, embora não reassuma a posição de parte principal, pois não houve inércia do querelante (ele atuou pedindo a absolvição do réu), manifestará sua *opinio* como entender de direito, podendo, inclusive, concordar com a posição de mérito assumida por parte do querelante. Porém, o processo terá seguimento, decidindo o juiz como entender de direito (art. 385 do CPP).

E se o querelante for pessoa jurídica que se extinguir sem deixar sucessor?

Nenhum reflexo para o processo terá tal circunstância. A preempção só ocorreria nos casos em que somente se procede mediante queixa (art. 60, IV do CPP). Em ocorrendo a hipótese, o Ministério Público retoma, como parte principal, a iniciativa pelo andamento da ação penal.

7. O tema relacionado com a queixa substitutiva não se esgota, pura e simplesmente, com a exegese do art. 29 do CPP. Há, com efeito, uma série de outras questões que giram em torno da matéria, todas elas exigindo meditação. No exame de tais problemas é que nos deteremos nas linhas que se seguem.

8. Analisamos em tópico precedente a questão do aditamento da queixa promovido pelo Ministério Público (6, “a”, *supra*). Indaga-se, agora, por conveniente: e se o juiz rejeitar o aditamento? Haverá duas opções para o *Parquet*: o recurso em sentido estrito contra a decisão (art. 581, inciso I, c/c art. 3º do CPP), ou a apelação excogitada no art. 593, II do CPP. É que o aditamento importa, como ficou assinalado, em uma petição inicial aditiva da queixa originária incompleta. Em outras palavras, equivale a uma exordial de acusação. Porém, para os puristas, que defendem, aliás com acerto, a taxatividade do art. 581 do CPP, só restaria para o Ministério Público o apelo genérico indicado no art. 593, II do CPP, contra a decisão que venha a rejeitar o aditamento. De qualquer forma, pelo princípio da fungibilidade dos recursos (art. 579 do CPP), o Ministério Público não ficará prejudicado no caso de interpor qualquer um dos recursos indicados.

9. Questão interessante é a que cogita da denúncia ofertada apenas contra um dos indiciados no inquérito policial. Indaga-se se, em tal caso, seria cabível a queixa substitutiva em relação ao indiciado excluído. Penso que não; com efeito, o Ministério Público, na ocasião, limitou-se a exercer sua *opinio delicti*, excluindo da acusação um ou mais indiciados. Inocorreu inércia do *Parquet*, que agiu como lhe pareceu adequado. Caso, no curso da ação penal, venham a surgir novas provas contra o indiciado excluído, o juiz poderá, na forma do art. 40 do CPP, remeter peças de informação para o Ministério Público. Aliás, mesmo quando da apreciação da inicial, o juiz poderia, em relação ao indiciado não incluído na acusação, proceder na forma do art. 28 do CPP. Se não o fez, não me parece tenha sentido a queixa subsidiária, pois o particular legitimado para agir estaria, assim, sendo mais realista que o próprio rei, transmutando-se em fiscal absoluto dos atos do Ministério Público e do juiz.

10. O querelante está sujeito ao prazo de decadência, conforme preceitua a parte final do art. 38 do CPP. O prazo decadencial conta-se a partir da data em que se esgotar o prazo para oferecimento de denúncia. Porém, a decadência, no caso, atinge somente o querelante mas não extingue a punibilidade do fato, pois o Ministério Público, como sabido, não decai do direito de agir. É sabido que não ocorre a decadência quando há o dever jurídico de agir, e o Ministério Público está obrigado a oferecer denúncia desde que presentes as condições da ação (art. 24 do CPP). A decadência atinge somente o direito de queixa ou de representação (art. 38 do CPP), pois para o particular não há o dever jurídico de atuar. Portanto, o efeito prático da decadência para o querelante revela-se bastante limitado para efeito da sorte que o processo possa vir a ter, pois nada impede que o Ministério Público venha a propor a ação penal.

11. Importante alteração veio trazer a Constituição Federal no que respeita à queixa subsidiária na Lei de Falências. No estatuto falimentar, o arquivamento recebe o *nomen juris* de apensação do inquérito judicial ao processo de falência. Pois bem: segundo dispunha o art. 108, parágrafo único do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), após a apensação, o síndico ou qualquer credor poderia oferecer queixa. Atualmente, tal não se dá, uma vez que a Constituição Federal (art. 5º, LIX) somente admite a queixa substitutiva na hipótese de inércia do Ministério Público. Portanto, o dispositivo da lei falimentar não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, uma vez que, com a apensação do inquérito judicial, o Ministério Público não se quedou inerte. Ele atuou.

12. Outra questão instigadora: suponha-se que a denúncia não acolha os termos da representação, nos casos de ação penal pública condicionada, deixando de incluir fatos descritos naquela condição de procedibilidade. Impõe-se indagar se o ofendido pode ajuizar a queixa subsidiária em relação aos fatos excluídos da imputação. Entendo incabível a providência. A queixa só poderia ser admitida no caso de inércia do Ministério Público. Na hipótese formulada, não há falar em inércia, pois o Ministério Público agiu, ofertando denúncia de acordo com a sua *opinio delicti*. É preciso ter em conta que a representação não vincula o *Parquet*, que é livre para denunciar como entender de direito. Ela, apenas, figura como condição exigida em lei para o exercício da ação penal. Porém, esta será intentada de acordo com o convencimento do órgão de atuação do Ministério Público.

13. Nos processos dos crimes contra a propriedade imaterial, há uma estranha norma contida no parágrafo único do art. 529 do CPP, que parece criar duas titularidades alternativas para o exercício da ação penal: o Ministério Público e o ofendido. Aliás, mesmo antes da propositura da ação penal, já permite a lei processual que o ofendido, nos crimes contra a propriedade imaterial, pratique atos que, em se tratando de ação pública, deveriam constituir atribuição exclusiva do Ministério Público. Com o advento da nova Carta Política, parece-me que o aludido parágrafo único do artigo 529 não se viu recepcionado, estando, assim, revogado, pois a CRFB somente admite a queixa subsidiária nos casos em que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia no prazo legal (art. 5º, LIX). Este o impecável ensinamento de TOURINHO⁸.

14. Tema fascinante é o que envolve a possibilidade de aplicação da suspensão do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099, de 26/09/95, em ação penal iniciada mediante queixa subsidiária (art. 29 do CPP). Meu pensar é no sentido de que não há obstáculo para o *sursis* processual, cabendo, porém, ao querelante formular a proposta. Pode ocorrer, no entanto, que o querelante, não importa a razão, não o faça. Como a ação penal é pública, incumbindo ao Ministério Público “intervir em todos os termos do processo”, como deixa claro o art. 29 do CPP, nada impedirá que o Promotor de

⁸ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Código de Processo Penal Comentado*, vol. II, p. 186, Editora Saraiva, 3ª edição, 1998.

Justiça, desde que presentes as condições legais para a obtenção da suspensão, tome a iniciativa de propor a medida em questão. Veda-se, somente, a atuação *ex officio* do Juiz, que violaria o sistema acusatório, até porque a “transação se dá entre partes, e o juiz não é parte”, como bem preleciona o Prof. MARCELLUS POLASTRI LIMA⁹. Aliás, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 75343-MG, afirmou que a iniciativa para o *sursis* processual (art. 89 da Lei nº 9.099/95) é faculdade *exclusiva* do Ministério Público (art. 129, I da CF), não podendo o juiz da causa substituir-se a este¹⁰.

15. A legitimidade para agir, nos casos de queixa substitutiva, é do ofendido ou seu representante legal (art. 30 do CPP), e, ainda, dos seus sucessores (art. 31 do CPP). É certo que o art. 29 em comento não alude, expressamente, àqueles sujeitos. Porém, ao fazer referência ao direito de queixa (petição inicial da ação penal de iniciativa privada e da queixa subsidiária), deixa entrever que somente as pessoas enumeradas naqueles dois dispositivos estariam, conforme o caso, legitimadas para agir. Imagine-se, à guisa de exemplo, uma hipótese de ação penal pública incondicionada em que qualquer do povo, *ut cives*, pretendesse agir, ante a inércia do Ministério Público. Poderia fazê-lo? Perante os termos do Código, não estaria legitimado para propor a ação, pois a lei processual penal limitou a legitimidade para a causa àqueles pessoas indicadas nos arts. 30 e 31.

16. A queixa subsidiária pode dar-se, também, nos casos de competência originária dos tribunais, aplicando-se, *mutatis mutandis*, os mesmos preceitos examinados no decorrer do presente estudo. Na matéria, recomenda-se, para evitar equívocos, especial cuidado na contagem do prazo para o Ministério Público, tal como preconizado no item 05, *supra*.

17. A queixa substitutiva, diante da nova ordem constitucional, como já ficou assinalado (*ut supra*, nº 1), adquiriu amplitude ainda não de todo dimensionada por boa parte da doutrina e da jurisprudência. Com efeito, dispondo o art. 5º, LIX, que ela será admitida nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, passou a incidir também nas infrações penais da competência da Justiça Militar ou da Justiça Eleitoral. Atingiu, assim, as justiças especiais. Dessa maneira, o art. 121 do Código Penal Militar e o art. 29 do Código de Processo Penal Militar terão que sofrer nova leitura para que, quando cabível, possa o particular legitimado, e não somente o Ministério Público da Justiça Militar, intentar a queixa substitutiva segundo os parâmetros do art. 29 do CPP, única norma processual reguladora do assunto. Da mesma forma, o art. 355 do Código Eleitoral merecerá reparo, pois, diante da nova Carta Política, nada impede, na atualidade, a deflagração da queixa subsidiária, tal como

⁹ MARCELLUS POLASTRI LIMA, “A Lei 9.099/95 – Questões controvertidas”, in *Revista do Ministério Público – RJ*, (3ª fase), nº 05, p. 141.

¹⁰ Decisão do STF, de 12/11/97, “Informativo do STF, nº 92”, *apud Revista do Ministério Público-RJ*, nº 06 (3ª fase), p. 270.

assinalado em relação à Justiça Militar. É certo que o art. 355 assinala, apenas, que as infrações penais eleitorais são de ação pública, o que, de certa forma, não impediria a queixa substitutiva. Porém, em face do que dispõe o art. 357, §§ 3º, 4º e 5º do Código Eleitoral, seria o Ministério Público o único legitimado para o exercício da ação penal. Leis extravagantes que, eventualmente, excluam a queixa supletiva da denúncia, em face da imperatividade da norma constitucional, da mesma forma, terão, agora, que admiti-la. Na doutrina, MIRABETE¹¹ sustenta, igualmente, que, em face da linguagem constitucional, a queixa substitutiva passou a ter incidência mais ampla, abrangendo as justiças especiais que a excluía. É bom assinalar também que o atualizado “Boletim do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Eleitorais do Rio de Janeiro”¹² já acena, em relação ao processo eleitoral, com a possibilidade da queixa subsidiária no processo penal eleitoral, no caso da omissão do Ministério Público.

Em relação ao processo penal militar, sustenta JORGE ALBERTO ROMEIRO¹³ que *“enquanto inexistir lei disposta sobre a forma de ser exercida a novel ação penal militar, é no CPP comum que vamos buscá-la em face do disposto no art. 3º do CPPM, apertis verbis: ‘Os casos omissos neste Código serão supridos: ... c) pela analogia’”*.

18. A queixa subsidiária é um bem ou um mal?

Em estudo que escrevi no distante ano de 1981¹⁴ salientara, quando do exame a respeito do anteprojeto do CPP então em discussão, que o mesmo bem fez ao manter a queixa substitutiva, *“pois enquanto o Ministério Público não receber tratamento institucional compatível com a grandeza de seus objetivos, a presença do ofendido, atuando como autor, mesmo nos crimes de ação pública, é salutar. No momento em que o Ministério Público vier a gozar das garantias constitucionais da magistratura judicante, não mais haverá lugar para a participação do ofendido, quer como parte principal, quer como assistente, no desenvolvimento da relação processual penal. Desde que revestido das garantias do Poder Judiciário, a legitimidade ad causam para promover a ação penal nos casos de ação penal pública deverá pertencer, unicamente, ao Ministério Público. Ocorrendo a hipótese de imotivada inércia por parte do órgão do Ministério Público, a providência adequada consistirá na aplicação de sanções administrativas e disciplinares contra o membro do Ministério Público responsável pelo retardamento do feito, segundo o modelo delineado no art. 801 do Código em vigor, sem, no entanto, dar ensejo à legitimação extraordinária do ofendido”*.

Na atualidade, a Constituição Federal, atendendo aos meus anseios, veio dar ao Ministério Público garantias constitucionais compatíveis com a grandeza da Instituição, tal como, então, em meus devaneios, sonhara, no longínquo ano de 1981. Porém, como

¹¹ JULIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*, São Paulo, Ed. Atlas, 1990.

¹² “Boletim do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Eleitorais do Rio de Janeiro”, Ano I, nº 1, setembro de 1998, p. 27, organizado pelo Promotor de Justiça, Dr. Orlando Carlos Neves Belém.

¹³ JORGE ALBERTO ROMEIRO, *Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral)*, p. 264/265, Editora Saraiva, 1994.

¹⁴ Vide o item 2, *supra*, e a nota número 1.

já registrado (*ut retro*, nº 1), em contrapartida, conferiu à queixa subsidiária *status* constitucional (art. 5º, nº LIX), pois, em caso contrário, ela estaria banida do processo penal, diante da incompatibilidade manifesta entre o art. 129, I da CRFB e o art. 29 do CPP, tendo em vista que aquele preceito constitucional erigiu como função institucional do Ministério Público a de promover, privativamente, a ação penal pública.

Meditando melhor sobre o assunto, mudei meu pensar sobre a matéria, entendendo, hoje, como salutar a presença do particular no processo penal, quer atuando como legitimado extraordinário para agir, quer como simples assistente da acusação. Vislumbro na presença do particular, naqueles casos, uma eficiente forma de controle externo do Ministério Público.

É certo que a presença do particular no processo penal pode, ao invés de ajudar a restauração da ordem jurídica violada, prejudicar a acusação serena e imparcial do Ministério Público, já que o particular se faz presente no processo para satisfazer interesses pessoais (patrimoniais, de vingança *etc.*), ao contrário do que ocorre com o *Parquet*¹⁵, sempre voltado para a realização de justiça.

Como toda a providência humana, a queixa subsidiária apresenta vantagens e inconveniências, parecendo-me, porém, que ela não pode levar a coima de ferir o princípio da razoabilidade que deve presidir as normas jurídicas em geral, conferindo-lhes o necessário equilíbrio entre os valores tutelados.

Portanto, não me pejo em reconsiderar o que antes – e já lá se vão 17 anos! – afirmara a respeito da malignidade da queixa subsidiária. Tenho procurado seguir, como norma de vida, o conselho de HORÁCIO, segundo o qual *sapientis est mutare consilium...*

¹⁵ Vide as críticas endereçadas ao uso do francesismo *Parquet* para designar, por metonímia, a instituição do Ministério Público, in “O Ministério Público é um *Parquet*?”, de LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, apud “Comunicação em artigos jurídicos”, vol. I, abril de 1998, pp. 57/58.

A forma acusatória pura, uma conquista do Anteprojeto¹

Sergio Demoro Hamilton

O direito positivo brasileiro desde o Código de Processo Criminal do Império (1832), para nos referirmos à legislação anterior sempre admitiu, com maior ou menor amplitude, o chamado procedimento *ex-officio*.

Pelo que nos foi dado observar, a primeira estrição séria feita àquela forma procedimental deveu-se à lei 2033 de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto 4.824 de 22 de novembro do mesmo ano, que aboliu o procedimento *ex-officio* dos juízes formadores de culpa, salvante nos casos de flagrante delito, nos delitos policiais, bem como nas espécies contempladas nos parágrafos 5º e 7º do art. 15 da referida lei.

O Código Penal de 1890 restringiu, ainda mais, o aludido procedimento, mantendo-o, somente, nos casos de crime inafiançável, quando a denúncia não fosse apresentada no prazo legal (art. 407, parágrafo 3º).

O Código de Processo Penal em vigor consagrou o princípio *ne procedat iudex ex-officio* como norteador da jurisdição penal, abrindo, porém, exceção e relação ao processo das contravenções sob a alegação de que “dado o caráter essencialmente preventivo que assume, na espécie, a sanção penal”, as contravenções “devem ser sujeitas a um processo particularmente célere, sob pena de frustrar-se a finalidade legal” (“Exposição de Motivos”, V).

Os motivos invocados pelos autores do Código carecem de fundamento razoável, como, repleto de razão o douto Professor FERNANDI DA COSTA TOURINHO FILHO, ao salientar:

“As razões que levaram o legislador a conservar tal forma de procedimento são, já o disse Frederico Marques, insustentáveis, pois nenhum juiz se abalançaria a deixar o seu mister específico de julgar para procurar contraventores...”²

No afã de abolir qualquer delonga processual, o legislador não hesitou, sequer, em conferir à autoridade policial excepcional função judiciária, incidindo, aí, em manifesta inconstitucionalidade.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, nº 20, p. 63-67, jul./dez. 1974.

² “Processo Penal”, vol. I, pág. 391, Edição Jalovi, Bauru, São Paulo, 1972.

O procedimento *ex-officio*, como ficou dito, no regime do Código, ficara restrito, apenas, ao processo das contravenções. No entanto, com o advento da Lei nº 4.611 de 2 de abril de 1965, ampliou-se, sobremodo, o âmbito de aplicação do procedimento em questão, que passou a ser adotado para os crimes de homicídio e lesão corporal culposos.

Assim, a decantada separação entre o juiz e o órgão da acusação, corolário do sistema acusatório que o Código pretendeu adotar como regra, perdeu significado em face do disposto na lei em tela.

Dessa forma, não se poderá dizer, atualmente, que o procedimento *ex-officio*, em nosso processo, assumia caráter de exceção, tal a incidência da sua aplicação.

Com efeito, a iniciativa do procedimento por parte da autoridade judiciária ou policial, agora muito ampliada após a vigência da malfada lei 4.611, veio subverter o sistema acusatório, criando uma situação esdrúxula, onde a jurisdição opera sem o prévio exercício da ação, com violação do brocardo *nemo iudex sine actore*.

Aliás, como lembra JOSÉ FREDERIDO MARQUES, no regime do Código há outra hipótese de jurisdição sem ação, quando o juiz impõe medida de segurança *ex-officio*, instaurando o procedimento incidental para tal fim, consoante o disposto no art. 754³.

A própria designação procedimento *ex-officio*, encontradiça na doutrina, padece de propriedade técnica, pois, diante do sistema adotado pelo Código, é, e regra, ao Ministério Público que incumbe o impulso processual *ex-officio*, atuando ele como órgão do Estado promotor da ação penal, em obediência ao princípio da legalidade.

Atribuir tal nomenclatura para definir função anômala exercida pela autoridade ou pela autoridade policial, não nos parece providência acertada.

Ressalvados casos excepcionais⁴, o Ministério Público, no processo das contravenções, fica relegado à função de mero portador da *notitia criminis* (art. 531 do C.P.P.), deixando de atuar dentro da sua atribuição específica de órgão encarregado de intentar a ação penal pública.

A boa doutrina sempre fustigou tal forma de procedimento, que Galdino Siqueira chamava de “verdadeira anomalia” do nosso processo⁵.

Já no Império o insigne PIMENTA BUENO, nos seus clássicos “Apontamentos”, indagava perplexo:

³ “Elementos de Direito Processual Penal”, Vol. I, pág. 193, Forense, Rio, 1961, 1ª edição.

⁴ Há contravenções em que o processo ter início através denúncia: a) – contravenção eleitoral; b) – contravenções previstas nos arts. 58 e parágrafo 1º e 60 do Decreto-Lei 6259, tendo em vista o disposto no art. 1º da Lei 1508 de 19-12-51; c) – contravenções florestais (art. 65 da Lei 4771 de 15-9-65); d) – contravenções pertinentes à caça (art. 34 da Lei 5197 de 3-1-67); e) – nos casos de competência originária dos tribunais.

⁵ *Apud* “Direito Processual Penal Brasileiro”, ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, vol. I, pág. 333, Sugestões Literárias S.A., São Paulo, 1969, 1ª edição.

“Que faz o juiz, quando procede *ex-officio*? Constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delincente: dá a denúncia a si próprio, escolhe as testemunhas e inquire-se perguntando o que julga conveniente, e por fim avalia as provas que ele criou, e pronuncia ou não como entende! Há nisto garantia alguma? O juiz não deve ser senão juiz, árbitro imparcial e não parte”⁶.

Galdino Siqueira, atrás citado, já no período republicano, proclamava que “a tendência de nossa legislação é de abolir esse procedimento *ex-officio*”⁷, mantido, então, nos chamados delitos policiais, que exigiam imediata repressão.

O eminente Professor José Frederico Marques, da mesma forma, ressaltara a inconveniência do procedimento sumário das contravenções, que, no seu entender, além “de quebra a ortodoxia acusatória do Código”⁸, em nada contribuiu para a realização de uma persecução criminal mais eficiente.

Acoimado de inconstitucional, em trabalho da lavra do Dr. Hélio Ivo Angrisani Dória⁹, criticado pelo doutos, verberado pela melhor doutrina, desde os processualistas reinícolas, o procedimento *ex-officio*, no entanto, continuou vigorante em nossa legislação e, como vimos, resultou, ultimamente, ampliado, estendendo-se aos crimes contemplados na Lei 4.611/65, subvertendo, de vez, o sistema acusatório que o Código pretendeu adotar como princípio geral.

Somente razões de ordem histórica podem justificar a manutenção dessa forma de iniciativa da ação penal, motivada em função de certos delitos que exigem pronta e rápida repressão.

O anteprojeto TORNAGHI (arts. 565 e 572) não apresentava em relação à maioria qualquer inovação de realce, afastando-se, assim, da tendência geral da doutrina no sentido da abolição do procedimento *ex-officio*.

Note-se que o anteprojeto TORNAGHI, ao projetar para o futuro o procedimento de ofício, emprestava ao mesmo uma importância bem maior, já que ele se aplicaria em todos os casos de infração não punida, ainda que alternativamente, com pena de reclusão (art. 565).

Ao contrário, o anteprojeto de autoria do Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, inovando, veio consagrar a forma acusatória pura, realizando, assim, os anseios de tantos estudiosos do processo bem como as aspirações da boa doutrina.

⁶ “Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro”, págs. 112/3, Ed. Garnier, Rio.

⁷ *Op. cit.* pág. 333.

⁸ *Op. cit.* pág. 132, vol. III.

⁹ “Ação e Jurisdição no Código de Processo Penal”, 1960, HÉLIO IVO ANGRISONI DÓRIA, *apud* “Elementos de Direito Processual Penal”, de JOSÉ FREDERICO MARQUES, vol. III, pág. 132, Forense, Rio, 1962, 1ª edição.

No regime do anteprojeto, ao contrário do sistema atual, nos casos de ação penal pública, o Ministério Público será autêntico *dominus litis*. Ficando o juiz equidistante da acusação e da defesa, tal como deve ocorrer no sistema acusatório.

Como se vê logo na “Introdução” da “Exposição de Motivos” (nº 1), o autor do trabalho deixa claro seu propósito ao afirmar:

“O sistema acusatório foi reforçado e adquiriu contornos mais puros, abolindo-se, de vez, todo e qualquer procedimento *ex-officio*”.

Com efeito, ao tratar da ação penal (Livro I, Título II), dispõe o anteprojeto que a ação penal pública será promovida pelo Ministério Público (art. 5º, parágrafo 1º) bem como que não se admite procedimento criminal *ex-officio* (art. 7º). Assim, como prescrevem os dispositivos referidos, a relação processual penal, para constituir-se, dependerá, sempre, da acusação do Ministério Público, nos casos de ação penal pública e, quando se cogitar de ação penal privada, da queixa do ofendido.

Os fundamentos da posição assumida pelo legislador vêm afirmados nos seguintes termos:

“O anteprojeto aboliu o chamado procedimento *ex-officio*, que, além de não se casar com os princípios do sistema acusatório, em nada contribuiu para *celeridade e eficiência* do procedimento penal, mas, ao reverso, vinha criando, ultimamente, depois que se estendeu a todos os delitos culposos, problemas vários em detrimento da boa aplicação da lei penal” – (Da “Exposição de Motivos”, nº 3).

Fiel à linha ortodoxa que traçou, onde o respeito ao postulado do *nemo iudex sine actore* é guindado às culminâncias de dogma, o anteprojeto não admite, nem mesmo no campo das medidas de segurança, qualquer providência de ofício (art. 9º).

Com requinte de técnica, para não transigir com a pureza acusatória, ao tratar da *notitia criminis*, o anteprojeto teve o cuidado de suprimir qualquer atividade do juiz neste setor. No regime adotado os únicos destinatários da notícia de crime serão a autoridade policial e o Ministério Público (art. 11).

A razão da medida legal vem explicada na Exposição de Motivos:

“Se não cabe ao juiz movimentar inicialmente o processo, como acontecia nos casos de procedimento *ex-officio*, para que levar às autoridades judiciárias a comunicação da prática da infração penam?” (nº 4).

Nada mais perfeito.

Como sequela natural da diretriz que empreendeu, é abolida, no novo sistema, a requisição para abertura do inquérito policial por parte da autoridade judiciária. A esta incumbirá, tão somente, dar a notícia da infração penal ao Ministério Público (art. 249), único titular do direito de acusar nos casos de ação penal pública.

São muitos os méritos do anteprojeto. Não resta dúvida, porém, que, ao reforçar o sistema acusatório, abolindo, de vez, do nosso processo penal todo e qualquer procedimento *ex-officio*, o anteprojeto registra sua maior virtude.

A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia¹⁻²

Sergio Demoro Hamilton

“Quem tiver um juiz por acusador precisa de Deus como defensor. Mas, às vezes, isso não é suficiente.”³

1. Nos idos de 1974, ao examinar o anteprojeto de Código de Processo Penal⁴, saudava eu, com euforia, a inovação nele contida, ao consagrar a forma acusatória pura, rompendo com o inquisitorialismo até então vigente em nosso processo penal (nos, atualmente, revogados arts. 26 e 531 do CPP). Com efeito, embora a “Exposição de Motivos” do diploma legislativo dos anos 40 afirmasse que o projeto atendia “ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, que, ditado pela evolução do direito judiciário penal e já consagrado pelo novo Código Penal, reclama a completa separação entre juiz e o órgão de acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal” (nº V), abria imensa brecha no sistema, mantendo o procedimento *ex officio* “só” em relação às contravenções (destaque meu). Posteriormente, a malfadada Lei 4.611/65 veio a ampliar, ainda mais, aquela anomalia, estendendo-a para os crimes dos arts. 121 e 129 do Código Penal, quando culposos. Não será exagero afirmar que 50% dos feitos criminais que tramitavam no foro filiavam-se ao inquisitorialismo. Mas isto são águas passadas. O projeto, como tantos outros, abortou e, até hoje, não temos um novo Código, optando o legislador, ao que se vê e se deplora, por proceder a reformas setoriais e esparsas em nossa legislação processual. Vivemos, na atualidade, sob a égide de um cipoal de leis, onde o sistema, há muito, deixou de existir. Assim, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que aqueles dispositivos (arts. 26 e 531 do CPP) se viram extirpados da nossa legislação pelo fenômeno da não recepção (art. 129, I, da CF) ou, como preferem outros, da revogação de lei ordinária por norma constitucional superveniente.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, p. 191-206, jul./dez. 2000.

² Estudo concluído na Quinta-Feira das Endoenças – *Anno Domini* de 2000.

³ Ditado irônico proveniente da Idade Média, referido por GERALDO PRADO em seu erudito estudo sobre o Sistema Acusatório, pág. 157, Editora Lumen Juris, 1999.

⁴ Sergio Demoro Hamilton, “A Forma Acusatória Pura, uma Conquista do Anteprojeto”, in *Revista de Direito Penal* nº 13, p. 64/67, janeiro-junho de 1974, Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 1974.

2. Tais reflexões vêm à balha em função de inúmeros dispositivos, que, de forma promíscua, sobrevivem em nossa legislação processual penal, notadamente no Código de Processo Penal, e que afrontam, não há negar, o sistema acusatório consagrado em nossa Carta Política.

GERALDO PRADO⁵, em seu substancioso e erudito estudo sobre o sistema acusatório, assevera que, embora a Constituição da República não o diga expressamente, não resta dúvida que ela adotou todas as elementares do princípio acusatório, na medida em que conferiu ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, consagrando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, e assegurando, do mesmo passo, o julgamento dos feitos por um juiz competente e, obviamente, imparcial.

Da mesma forma, o douto Promotor de Justiça MARCELLUS POLASTRI LIMA⁶, de maneira taxativa e peremptória, afirma não haver dúvida de “que constitucionalmente foi adotado no Brasil o sistema acusatório” em razão dos princípios adotados na Lei Magna, tais como, entre outros, o princípio do juiz natural e imparcial (arts. 5º, LIII, 92 e 126) e, de forma especial, pelo fato de ser privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública (art. 129, I). Aliás, impõe-se a averbação, como não poderia deixar de ser, também nos crimes de iniciativa privada comete-se às pessoas enumeradas nos arts. 30 e 31 do CPP o *jus perseguendi in judicio*, qual noticia TOURINHO⁷.

Seria ideal que a *Lex Maxima*, no capítulo dos direitos e garantias individuais, estipulasse regra expressa assegurando o sistema acusatório. Porém, embora não o tenha feito, parece-me assegurado o princípio.

3. No processo acusatório, como sabido, as funções de acusar, defender e julgar integram a atribuição de órgãos distintos, ao contrário do que se dá com o modelo inquisitório. É naquele que a clássica afirmação de BÚLGARO (século XII), segundo a qual o juízo penal reside no *actum trium personarum*, encontra sua verdadeira afirmação. Em conseqüência, a acusação será, sempre, formulada por órgão diverso do juiz. Em outras palavras, em virtude do princípio da inércia, não há “jurisdição sem ação”, para usar a conhecida expressão de CARNELUTTI⁸, ao designar o processo penal sem demanda, expungido do nosso ordenamento jurídico pela Carta Magna de 1988, como já mencionado (1, *supra*).

Outra característica do processo acusatório consiste no fato de o processo penal desenvolver-se através do contraditório, sob a presidência de um juiz natural e imparcial.

⁵ Geraldo Prado, *Sistema Acusatório*, p. 171, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

⁶ Marcellus Polastri Lima, *Ministério Público e Persecução Criminal*, p. 124/125, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997.

⁷ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 01, p. 90, Saraiva, 18ª edição.

⁸ Francesco Carnelutti, *Lecciones sobre el Proceso Penal*, Trad. Santiago S. Melendo, Buenos Aires, Bosch, 1950.

É, por tais motivos, a modalidade de processo que guarda perfeita compatibilidade com o regime democrático.⁹

4. Colocadas algumas idéias básicas sobre o que sejam o processo e o princípio acusatórios, assim como a respeito do tratamento que a matéria recebeu da nossa *Lex Legum*, cabe, agora, com toda a pertinência, a seguinte indagação: nosso processo penal adotou, mesmo, o sistema acusatório ou, ao contrário, nele convivem inúmeros dispositivos que desafiam, abertamente, o princípio acusatório?

Como explicar, então, a aplicação diuturna e sem qualquer contestação, em nosso foro, dos artigos 5º, II, primeira parte, 10, §§ 1º e 3º, 13, II, 16, 28, 39, §§ 1º e 4º, 127, 133, 156, *in fine*, 311, 416 e outros do nosso CPP, todos, sem exceção, em testilha com o sistema e o princípio acusatórios?

Anote-se que a referência feita aos aludidos dispositivos decorre de um exame superficial da nossa lei processual básica, sem qualquer preocupação exaustiva, objetivando demonstrar, tão-somente, e de forma meramente enunciativa, que diversos resquícios de inquisitorialismo, apesar de decorrida mais de uma década da vigência da Constituição Federal de 1988, ainda subsistem em nosso processo penal e – pior que tudo! – não são, sequer, contestados, merecendo, até hoje, aplicação tranqüila, inclusive em nossos tribunais superiores.

TORNAGHI¹⁰, muito antes da atual Constituição, já assinalara que, no processo penal brasileiro, há diversas formas inquisitoriais. Em função de tal entendimento, considera que convivemos, na realidade, com um sistema misto.

Ocorre, porém, que, em razão da nova Constituição Federal, aqueles provimentos legislativos, nitidamente inquisitoriais, não mais poderão conviver, de forma clandestina, em nosso processo penal, uma vez que não recepcionados pela nossa Lei Maior. Aliás, nem mesmo antes dela, aquela anomalia poderia subsistir em nosso Código, que proclamava a adoção do sistema acusatório (1, *supra*).

5. O processo inquisitório, ao contrário do que ocorre com o acusatório, tem como forma *básica* o fato de que se concentram em um só órgão as funções de acusar, defender e julgar. Ao contrário, no sistema acusatório, aquelas funções são cometidas a órgãos diversos. Era acusatório o processo Romano e de grande parte da Antigüidade. Em Roma, a acusação era confiada ao ofendido (ação privada) ou a qualquer pessoa do povo (ação popular), cabendo o julgamento ao juiz. TORNAGHI¹¹ considera “errado” atribuir-se ao processo inquisitório os característicos do sigilo e da escritura, pondo em relevo que os autores, que se ocuparam *ex professo* sobre a matéria, consideram a escritura e o sigilo como formas secundárias mas não essenciais do processo inquisitório.

⁹ O “devido processo legal”, como observa AFRÂNIO SILVA JARDIM, “está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório”, in *Direito Processual Penal*, p. 465, 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1991.

¹⁰ Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, vol. 02, p. 20/21, São Paulo, Saraiva, 1977.

¹¹ Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, vol. 02, p. 21, São Paulo, Saraiva, 1977.

O renomado processualista ressalta, ainda, que o processo acusatório, em diferentes fases do Direito Romano, foi escrito e sigiloso.

Na verdade, basta ler o nosso Código para verificar que ele adotou um sistema misto: o inquisitório e o acusatório; o primeiro, como será visto, observado na fase preliminar de investigação ao passo que, com o ajuizamento da ação penal, ele assume o caráter acusatório. Porém, como se verá, nem mesmo naqueles dois momentos há uma pureza sistemática. Na fase judicial, por exemplo, a publicidade e a oralidade, formas históricas do processo acusatório, não são observadas integralmente. Basta examinar os arts. 486 e 792 § 2º do CPP. Por outro lado, o procedimento comum (arts. 394 e seguintes), reservado para os crimes mais graves, conservou a forma escrita, enquanto a oralidade acabou adotada, em nossa legislação, para o processo sumário.

6. Quando a Igreja, no século XIII, adota o processo inquisitório, tinha por fim reprimir infrações penais praticadas por hereges. Na lógica inflexível do inquisidor, a heresia constituía o pecado maior, resultando daí os amplos poderes de investigação de que era dotado, buscando obter a confissão, meta final de todo o processo¹². MANZINI¹³, com a habitual erudição, examina o processo inquisitório em seus diversos aspectos, extrapolando os limites do presente estudo uma análise mais aprofundada a respeito do interessante e rico tema. Com o prestígio da Igreja, dotada, então, de grande poder temporal, acabou o processo inquisitório por alastrar-se pela Europa continental, passando a ser empregado, igualmente, por tribunais civis. TORNAGHI¹⁴, por sinal, põe em relevo que muitas das graves acusações feitas à Inquisição eclesiástica devem ser debitadas à Inquisição Espanhola. Com efeito, o tribunal dos reis Fernando e Isabel nada mais era que uma corte civil, embora dela também fizessem parte clérigos. É bom ficar registrado que o sistema inquisitório não foi criação da Igreja Católica; ela, apenas, o difundiu. Muito antes, durante séculos, ele coexistiu ao lado do acusatório¹⁵ [*vide*, também, o nº 5, *supra*].

7. Passa-se, no momento, ao exame do nosso Código de Processo Penal, analisando alguns dos dispositivos acima indicados (4, *supra*), todos em testilha manifesta com a

¹² Sergio Demoro Hamilton, “A Disciplina Legislativa da Prova Penal”, in *Doutrina*, nº 07, p. 276/293, nº 22.

¹³ Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Processuale Penale, Volume Primo*, p. 31, Torino, Unione Tipografica Editrice Porinese, 1931-IX, salienta que *il processo inquisitorio, nella sua forma tipica di processo segreto e scritto compiuto da magistrati, proveniva dalle regole processuali di Innocenzo III*.

¹⁴ Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, vol. 02, p. 17, Editora Saraiva, 1977.

¹⁵ O leitor interessado no estudo cuidadoso do processo acusatório e do processo inquisitório, abrangendo suas origens e seus diversos aspectos no decorrer dos séculos, deve consultar VINCENZO MANZINI (*Trattato*, vol. 01, p. 23 e seguintes) e o nosso TORNAGHI (*Instituições*, vol. 02, p. 01 e seguintes). Sobre o processo e a forma de agir da Inquisição, consulte-se, ainda, o *Diretorium Inquisitorum* (Manual dos Inquisidores) escrito pelo inquisidor Pe. Nicolau Eymerich O.P. (1376) e atualizado pelo Pe. Francisco de La Peña O.P. (1585). Nesta publicação, dá-se como origem da Inquisição o ano de 1232, quando o imperador Frederico II lançou éditos de perseguição aos hereges. Por seu turno, o Papa Gregório IX, temendo as ambições político-religiosas do imperador, reivindicou para si essa tarefa e instituiu os inquisidores papais, recrutados entre os religiosos da Ordem dos Dominicanos.

nossa Carta Política e com o princípio acusatório que ela adotou, finalidade precípua do presente estudo. Observe-se, ainda, que os mencionados dispositivos brigam, há mais de meio século, com o sistema que o Código, pelo menos em palavras, afirma haver adotado (1, *supra*).

8. Analise-se, por primeiro, a fase pré-processual em alguns dos seus artigos (arts. 5º, II, proêmio, 10, §§ 1º e 3º, 13, II, (aqui, em termos), 16, 23, 28 e 39, §§ 1º e 4º, todos do CPP).

A fase que antecede a ação penal exige o completo afastamento do juiz da persecução criminal em um sistema que pretenda ser acusatório. Em tal etapa do procedimento, só encontra justificativa a presença do magistrado quando pratica atos jurisdicionais que tenham por fim assegurar direitos fundamentais não relacionados, diretamente, com o fato em apuração. É o caso, por exemplo, das cautelares de natureza pessoal ou real, em que, por força do próprio princípio acusatório assegurado pela Constituição, a presença do juiz se faz necessária. É o que ocorre, *verbi gratia*, quando da decretação de uma prisão preventiva, de um arresto ou, ainda, por ocasião do arbitramento de uma fiança. Ao juiz, na fase preparatória da ação penal, só compete a prática de atos de natureza jurisdicional, devendo, em razão disso, ficar afastado da prática de providências que não lhe competem, designadas, na doutrina, como atividades judiciárias em sentido estrito, ou, ainda, pela expressão mais difundida, de funções judiciárias anômalas. Puro eufemismo, perdoem-me os doutos, para indicar uma anomalia processual.

Perfeita a colocação do Professor GERALDO PRADO¹⁶, quando afirma haver afronta ao princípio acusatório manter sob o controle do juiz as diligências que devam ser realizadas no inquérito policial ou, ainda, a fiscalização do princípio da obrigatoriedade por parte do Ministério Público (art. 28 do CPP).

É certo que, em relação a esta última providência, poder-se-ia adotar uma modalidade de controle interno a ser exercida por um órgão colegiado do próprio Ministério Público, que determinaria ou não o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, retirando-se do Procurador-Geral a atribuição exclusiva, que, na atualidade, lhe conferiu a lei. Da mesma forma, o juiz não teria qualquer intervenção nesta fase do procedimento, cabendo-lhe atuar, tão-somente, quando posta a demanda, recebendo ou rejeitando a exordial de acusação¹⁷.

¹⁶ Geraldo Prado, *Sistema Acusatório*, p. 153, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

¹⁷ Não foi esta a orientação seguida pela Comissão constituída pelo Procurador-Geral de Justiça-RJ, que teve a honra de integrar e presidir, para examinar a reforma do Código de Processo Penal. Repensando melhor a matéria, entendo, agora, que o art. 28 do CPP afronta o sistema acusatório. O leitor interessado nas sugestões então ofertadas ao Procurador-Geral de Justiça consulte o trabalho "A Reforma do Processo Penal", de minha autoria, in *Ensaio Jurídico*, vol. 06, p. 102/123. As propostas da Comissão foram adotadas, como sugestões oficiais do Ministério Público do Rio de Janeiro, pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Hamilton Carvalhido*, que as remeteu aos Exmos. Srs. Ministros da Justiça, *Iris Rezende*, e *Marco Aurélio*, do Supremo Tribunal Federal. A referida Comissão viu-se integrada pelos Procuradores de Justiça *Sergio Demoro Hamilton* e *José*

Da mesma forma, não existe razão para assegurar ao juiz a requisição no sentido da instauração de inquérito policial (art. 5º, II). Bastaria ao magistrado, ciente do fato criminoso, comunicá-lo ao Ministério Público, tal como preconizado no art. 40 do CPP, mas sem exercer qualquer atividade persecutória direta. A providência alvitrada limitava-se a dar ciência ao Ministério Público de um fato que, em tese, seria uma infração penal de ação penal pública incondicionada, deixando ao *Parquet* a realização de um prévio juízo de valor sobre o mesmo.

Caberia, então, ao Ministério Público requisitar a abertura do inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), arquivar o expediente respectivo ou oferecer, desde logo, denúncia, se o caso permitisse. Ocorreria, assim mesmo, uma intervenção mínima do juiz, porém indispensável, pois, do contrário, o fato não chegaria ao conhecimento do *Parquet*.¹⁸

Que dizer dos parágrafos primeiro e terceiro do art. 10 do CPP?

O inquérito policial não tem que ser remetido ao juiz competente, salvo, repita-se à exaustão, se o caso exigir alguma providência jurisdicional (decretação de prisão preventiva, arbitramento de fiança ou ainda quando se fizer exigível uma providência cautelar de natureza real).

Quando da entrada em vigor do Ato Executivo Conjunto de nº 01/97, de 01-XII-97, firmado pelo então Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e pelo Secretário de Segurança Pública do mesmo Estado, fui indicado pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça para, como relator, integrar uma Comissão¹⁹ destinada a examinar o ato normativo em questão. As conclusões dos estudos então elaborados pela Comissão foram encaminhadas ao Procurador Geral de Justiça da época, Dr. *Hamilton Carvalho*, aos 23 de dezembro de 1997.

O Ato Executivo Conjunto em tela, que constituía verdadeiro retrocesso no *iter* procedimental dos inquéritos policiais, fazia ressurgir, sob a invocação dos arts. 10, § 1º, 19 e 23 do CPP, a necessidade da remessa, pela autoridade policial, do inquérito policial ao juiz competente, sob a herética afirmação da necessidade da interveniência da autoridade judiciária na fase inquisitiva *em qualquer caso*, e não somente para a prática de atos jurisdicionais. A providência em questão revogou o Provimento de nº 255/91, da Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça-RJ, de 09.04.91, que vigorou durante quase 07 anos, servindo, até hoje, de modelo para outras unidades da Federação e que mereceu o aplauso de incontáveis doutrinadores. O Provimento em questão foi ab-rogado pelo aludido Ato Executivo Conjunto. No regime anterior, obedecia-se, com rigor, a ortodoxia

Muñoz Piñeiro Filho, e pelos Promotores de Justiça *Afranio Silva Jardim*, *Alexandre Viana Schott* e *Rogério Pacheco Alves*, cabendo ao primeiro presidi-la.

¹⁸ Sergio Demoro Hamilton, "A Forma Acusatória Pura, uma conquista do Anteprojeto", in *Revista de Direito Penal*, nº 13/14, p. 64/67, jan.-jun., 1974, Revista dos Tribunais.

¹⁹ Compunham a Comissão os Procuradores de Justiça *Elio Gitelman Fischberg*, *Helcio Alves de Assumpção*, *Ronaldo de Medeiros e Albuquerque* e *Sergio Demoro Hamilton*, cabendo ao último presidi-la.

acusatória, pois, de acordo com o que ele dispunha, somente seriam admitidos para distribuição os inquéritos policiais (ou peças de informação), quando houvesse:

- a) denúncia ou queixa;
- b) pedido de arquivamento;
- c) na hipótese do art. 19 do CPP;
- d) requerimento de providências cautelares de natureza pessoal ou real;
- e) comunicação de prisão em flagrante ou qualquer outra forma de constrangimento aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, como, à guisa de exemplo, o direito à fiança (art. 5º, LXVI).

Pelo que se lia do ato normativo revogado, somente os atos jurisdicionais típicos seriam, como não poderia deixar de ocorrer, exercidos pelo juiz na fase pré-processual, excluindo-se da apreciação judicial tudo aquilo que escapasse à sua esfera de competência nos moldes da vigente Constituição Federal.

É interessante observar o absurdo lógico contido no parágrafo 3º do art. 10 do CPP, independentemente de qualquer outra consideração jurídica, ao estabelecer que o juiz fixará o prazo para a realização de diligências na fase do inquérito policial. Como pode ele fixar um prazo relativo a providências que ele ignora, pois de difícil elucidação, mesmo para quem está investigando?

Tudo o que ficou dito acima encontra aplicação em relação ao art. 13, II, proêmio, da lei processual básica. Diga-se o mesmo no que respeita ao art. 16, uma vez que o juízo a respeito da imprescindibilidade das diligências é do *Parquet*, pois, certo ou errado, a ele incumbe ajuizar a demanda; a autoridade judiciária, se for o caso, que a rejeite, no momento oportuno (art. 43 do CPP). Em relação ao art. 13, II, primeira parte, eventualmente, o juiz poderá requisitar providências, desde que tenham por fim o cumprimento de atos jurisdicionais típicos. Da mesma maneira, não cabe ao Juiz ser destinatário da representação, como, equivocadamente, consta dos parágrafos 1º e 4º do art. 39. Para que? Se ele, juiz, não pode investigar e, muito menos, agir, inexistente razão para que a ele seja dirigida a *notitia criminis* postulatória. Somente a autoridade policial (art. 39 c/c art. 5º, § 4º do CPP) e o Ministério Público (art. 39, § 5º do CPP) é que poderão receber aquela condição de procedibilidade. Cumpre destacar que, em relação ao *Parquet*, não se justifica a observação constante da parte final do § 1º do art. 39 em comento. A representação, pura e simplesmente, será direcionada ao Ministério Público, quando a ele for dirigida.

9. As violações ao sistema acusatório prosseguem, agora, na fase processual, contidas em inúmeros dispositivos do nosso Código. Cabe, aqui, ressaltar alguns casos

gritantes de indevida intervenção judicial, onde o princípio acusatório²⁰ vê-se relegado a um *flatus vocis*, despedido de qualquer conteúdo prático.

No campo das cautelares, sejam elas pessoais, sejam elas reais, ignora-se, por completo, o sistema acusatório.

Assim, como exemplo, no art. 127, permite-se ao juiz, de ofício, ordenar o seqüestro dos bens do indiciado no curso do processo ou antes dele, na fase do inquérito.

Na oportunidade, impõe-se breve digressão a respeito da existência de um processo cautelar em nosso Código de Processo Penal. Ao contrário do que ocorre na lei processual civil fundamental, inexistente na penal um processo cautelar, tal como disciplinado no Código de Processo Civil (Livro III, Título único, arts. 796 a 889). Apesar da omissão, não paira dúvida a respeito da presença de incontáveis providências de índole cautelar, de natureza real ou pessoal, presentes na fase do inquérito e no decorrer do processo, que deveriam, sempre, subordinar-se às exigências do princípio acusatório. Falta, apenas, uma organização sistemática da matéria, disposta de forma esparsa em um Código de técnica pouco apurada, como é notório²¹.

Feito o parêntese, resta retomar o fio da meada.

No campo das cautelares de natureza pessoal, permite-se, por exemplo, ao juiz decretar a prisão preventiva de ofício (art. 311 do CPP), fato que mereceu interessante e severa crítica por parte do Promotor de Justiça-RJ, Dr. DENNIS ACETI BRASIL FERREIRA²². Salienta, por sinal, o ilustre Professor a evolução do legislador quando da edição da Lei nº 7.960/89 (que trata da prisão temporária). Com efeito, em seu art. 2º, “textualmente condiciona a prestação jurisdicional – mesmo com decisão *inaudita altera parte* – à efetiva provocação por parte do Ministério Público” ou da autoridade policial²³.

10. No procedimento do júri, verifica-se outra aberração: a vinculação do libelo à pronúncia. Sem meias palavras: a acusação que o Ministério vai sustentar em Plenário, perante os jurados, não é sua, mas do Poder Judiciário (art. 416 do CPP).

Haverá maior despautério?

Justifica-se tamanha misologia?

²⁰ “Há de se acrescentar, por oportuno, que se o princípio de paridade de armas não integra o princípio acusatório, reduzido este, como ressaltamos, à divisão tricotômica de funções, é, todavia, importante para a implementação da justa solução do conflito de interesses penal, a ponto de ser considerado integrante de um sistema cuja fase é a acusatoriedade (novamente aí a distinção entre sistema e princípio, entre continente e conteúdo)”, *apud* GERALDO PRADO, *Sistema Acusatório*, p. 131, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

²¹ Franco Cordero, *Procedura Penale*, p. 07 e seguintes, Giuffrè-Editore, 1966. Anota o renomado processualista que *il processo penale era ancora materia di considerazione empirica, quando la scienza del processo civile già raggiunto una ricca fioritura*. No Brasil, não houve diferença em relação ao desenvolvimento dos dois processos.

²² Dennis Aceti Brasil Ferreira, A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório, *in Revista do Ministério Público-RJ*, nº 08, 3ª fase, p. 137 a 141, 1998.

²³ Dennis Aceti Brasil Ferreira, A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório, *in Revista do Ministério Público-RJ*, nº 08, 3ª fase, p. 137 a 141, 1998.

11. Ainda no Júri permite-se ao juiz verdadeira ação penal *ex officio* no art. 408, § 4º do CPP. Ali está dito, com todas as letras, fazendo corar um frade de pedra, que “o juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou na denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo”. É certo que se poderá argumentar que a pronúncia não passa de mera decisão processual, pois não condena nem absolve o réu. É verdade. Porém, a pronúncia, uma vez preclusa a decisão, irá vincular o libelo que o Ministério Público terá que sustentar perante o juiz natural do feito.

Quid juris?

A conseqüência será a de que o réu poderá ser condenado por uma acusação partida do juiz, uma vez que a denúncia (ou queixa) não foi aditada no momento oportuno. E, mais grave que tudo, a uma pena mais severa. Trata-se de nova distorção da lei processual, violando o sistema e o princípio acusatório.

12. No Título da sentença (XII), que encerra o Livro I do CPP, vamos encontrar a hipótese de *mutatio libelli* (art. 384 e parágrafo único do CPP).

Registre-se, desde logo, a má colocação da matéria no título reservado à sentença.

Em boa técnica, o aditamento da denúncia só poderia ser postulado, até a fase de alegações finais, pelo Ministério Público (ou, quando cabível, pelo querelante, na hipótese do art. 29 do CPP), após concluída a instrução criminal. Não tem o mínimo sentido o juiz tomar tal providência sem violar, ainda uma vez mais, o sistema acusatório. É, novamente, o juiz atuando de ofício para agravar a situação do réu. Este se verá diante de uma imputação alternativa, caso o Ministério Público, provocado pelo juiz, entenda ser cabível o aditamento.

É certo que o Ministério Público não estará obrigado a aditar a inicial. Porém, o equívoco reside em dar ao juiz a iniciativa daquela providência.

Até aqui, venho usando a designação procedimento *ex officio*, para traduzir a atuação inquisitorial do juiz, por mera fidelidade ao uso corrente que dela faz a doutrina tradicional.

Na verdade, *ex officio* significa aquilo que se faz “por ofício”²⁴, isto é, aquilo “que é feito em virtude da função ou cargo”²⁵. Já anotara, faz muito²⁶, a impropriedade da expressão, quando usada para indicar a atuação do juiz ao exercer atividade persecutória criminal, como sendo própria *ex officio iudicis*. Na verdade, ao juiz compete julgar, ao passo que às partes incumbe promover a ação penal. Atribuir tal nomenclatura para definir função anômala exercida pela autoridade judiciária em um sistema que,

²⁴ Eduardo Pessôa, *Brocardos Jurídicos*, pág. 101, Editorial Dimensão, 1998.

²⁵ Amilcare Carletti, *Dicionário de Latim Forense*, p. 102, nº 990, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., LEUD, 1997, 7ª edição.

²⁶ Sergio Demoro Hamilton, A Forma Acusatória Pura, Uma Conquista do Anteprojeto, *in Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, p. 63 a 67, nº 20, 1974.

pelo menos na aparência, se diz acusatório, constitui equivocada postura doutrinária. Quando o juiz julga, aí sim, ele atua de ofício. Melhor dizendo: este é o seu ofício; não a iniciativa de demandar.

A Polícia Civil e o Ministério Público é que atuam de ofício quando exercem atividade de persecução criminal.

13. No campo da legislação esparsa, isto é, das leis especiais recentemente editadas, todas posteriores à vigência da Carta Constitucional de 1988, da mesma forma, o sistema acusatório vem sendo supinamente ignorado²⁷.

É o caso, por exemplo, da Lei do Crime Organizado (nº 9.034/95), bem como o da recente Lei nº 9.296/96, que trata da interceptação telefônica, ambas situando o juiz em posição investigatória na fase do inquérito policial, ferindo, com tal regulamentação, sua indispensável imparcialidade e violando, no particular, de forma iniludível, a Carta Magna em vigor.

Com efeito, o art. 3º da Lei nº 9.034/95 autoriza, expressamente, o juiz a realizar pessoalmente diligências investigatórias, ainda na fase pré-processual, consagrando, ao assim proceder, atos típicos do sistema inquisitivo.

Da mesma forma, a Lei de Interceptação Telefônica (9.296/96) estabelece a possibilidade de que as interceptações das comunicações telefônicas possam ser determinadas pelo juiz, *de ofício*, na fase do inquérito policial (art. 3º). É o velho ranço inquisitorial, mais uma vez, a fazer tábula rasa do sistema acusatório.

Aliás, a vetusta Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661/45), ao que eu saiba, não mereceu, até hoje, contestação, embora nela subsista um monstro processual, destinado a apurar a prática de crime falimentar. Tal inquérito é presidido por um juiz, que, dessa maneira, exerce função persecutória penal, em nova violação ao sistema acusatório.

Não discrepa de tal linha de conduta o art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro, ao prever a decretação de medida cautelar de ofício pela autoridade judiciária no curso do inquérito policial, subvertendo-se, mais uma vez, a ordem processual e comprometendo-se a indispensável imparcialidade do juiz, pela ausência de provocação²⁸.

A Comissão constituída para estudo do CTB, no âmbito interno do Ministério Público do Rio de Janeiro, em sua conclusão de nº 05, firmou o seguinte entendimento:

²⁷ Paulo Rangel, *Direito Processual Penal*, p. 38/41, 2ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000.

O leitor interessado encontrará interessante resumo a respeito do tema na obra daquele douto Promotor de Justiça e Professor Universitário.

²⁸ Sobre a matéria, veja-se a severa crítica do Promotor de Justiça, Dr. MARCELLUS POLASTRI LIMA, no trabalho doutrinário “Aspectos Processuais dos Crimes de Trânsito”, in *Revista do Ministério Público-RJ*, nº 08, 1998, 3ª fase, p. 223/262. No aludido trabalho, o ilustre jurista assinala que, quando da discussão do projeto de lei, o dispositivo acabou sendo modificado, retirando-se a decretação de ofício de providência cautelar na fase do inquérito. Porém, no texto final, o legislador voltou a inserir a anomalia.

“É inconstitucional a atribuição de poder o juiz decretar de ofício as medidas previstas no art. 294 do CTB, porque não existe jurisdição no inquérito, violando-se o princípio acusatório e, conseqüentemente, ferindo-se a imparcialidade do juiz”²⁹.

De igual forma, a Lei nº 9.099/95, tão logo entrou em vigor, ensejou sérias controvérsias no campo doutrinário e jurisprudencial a respeito da possibilidade de iniciativa do juiz no que respeita à oferta de transação e de suspensão do processo. Não faltaram vozes autorizadas do processo penal que defenderam a possibilidade de o juiz tomar a iniciativa daquelas providências despenalizadoras quando o Ministério Público não o fizesse.

Posteriormente, a jurisprudência de nossos tribunais superiores, acertadamente, firmou-se no sentido de que constitui faculdade exclusiva do Ministério Público, para fins de política criminal, propor a suspensão condicional do processo, admitindo-se, quando muito, que, em caso de recusa do Promotor de Justiça em propor aquela medida, que a matéria seja submetida ao Procurador-Geral de Justiça, vedando-se ao juiz proferir decisão a respeito (cf. HC 75.743-MG – Pleno – em 12. XI.77, RHC 77.255-DF, de 23.2.99, in “Informativo STF” nº 139 e HC 76.619-MS, in *Clipping* do D.J. de 19.2.99, HC 76.439-SP e HC 74.153-SP (DJU - 21.3.97), HC 77.723-RS, em 15.9.98, os três últimos referidos no “Informativo STF”, de nº 123).

No campo da doutrina, AFRÂNIO SILVA JARDIM³⁰ bem ressalta que não é papel do juiz, no sistema acusatório, a iniciativa da transação penal ou da suspensão condicional do processo. Do mesmo sentir o ensinamento de MARCELLUS POLASTRI LIMA³¹, ao registrar que é vedada a atuação do juiz *ex officio*, pois tal comportamento “implicaria em ferir o princípio acusatório, considerando que a transação se dá entre partes, e o juiz não é parte”. Inobjetable, sem sombra de dúvida, o magistério daqueles dois eminentes membros do Ministério Público do Rio de Janeiro.

14. Deixei, muito a propósito, para a parte final do presente trabalho, o estudo de um tema extremamente delicado, qual seja o de examinar os limites do juiz no que respeita à iniciativa de prova. Para tanto, vejo-me forçado a voltar ao Código de Processo Penal.

²⁹ Apud Marcellus Polastri Lima, “Aspectos Processuais dos Crimes de Trânsito”, in *Revista do Ministério Público-RJ*, nº 08, 1998, 3ª fase, p. 223/262. Compunham a aludida Comissão os seguintes membros do *Parquet* fluminense: Dra. Maria Aparecida Moreira de Araújo (Presidente), Dra. Cláudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos, Dr. Marcellus Polastri Lima, Dr. Ricardo Ribeiro Martins e Dra. Simone Benício Ferolla Guida.

³⁰ Afrânio Silva Jardim, “Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)”, in *Revista do Ministério Público-RJ* nº 05, 3ª fase, p. 33/51.

³¹ Marcellus Polastri Lima, “A Lei 9.099/95 – Questões Controvertidas”, in *Revista do Ministério Público-RJ*, 3ª fase, nº 05, p. 128/147, 1997.

Na verdade, dispõe o art. 156 daquele diploma legislativo que 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 (destaque meu). É assim que o ônus da prova resulta disciplinado em nossa lei processual. Posteriormente, o Código em comento contém outros dispositivos, todos ociosos, que reiteram a *norma geral* contida no art. 156, autorizando o juiz a determinar diligências probatórias, independentemente de provocação das partes. É o caso dos arts. 168, 209, 234 e 242 do CPP, aqui referidos à ventura e sem qualquer preocupação com a dicção exaustiva de todos os casos em que a lei previu aquela iniciativa judicial. Tal repetição decorre da precária técnica do Código, como, em outra oportunidade e para fins outros, já tive a oportunidade de anotar³².

A iniciativa do juiz, na busca de provas, está intimamente ligada ao princípio da verdade real, que não admite possa o juiz ficar refém das partes em razão da natureza pública do processo e do fim social a que ele se destina.

Tais considerações encontram eco em nosso processo em função da vinculação do Direito brasileiro ao sistema romano-germânico, próprio da Europa continental e dos países por ela influenciados³³.

EUGENIO FLORIAN³⁴, por todos, sintetiza, muito bem, tal poder do juiz, ao salientar que “*il giudice há la facoltà d’introdurre, per la ricerca della verità, oggetti ed organi di prova ex officio, senza attendere le proposte delle parti*”.

Na doutrina brasileira, ADA PELLEGRINI GRINOVER³⁵, da mesma forma, defende a ampla iniciativa instrutória do juiz no processo penal, registrando que o sistema acusatório moderno em nada impede a efetiva participação do magistrado no que diz respeito à iniciativa das provas. Para a ilustre professora, resta firme o princípio da demanda, segundo o qual incumbe à parte a propositura da ação, porém, a partir daí, o processo se desenvolve por impulso oficial. Critica, ainda, o “mito” da verdade real (específico do processo penal), pondo em destaque que o conceito de verdade real não é ontológico, uma vez que o juiz busca a verdade processual (aquela mais próxima da certeza) e, como tal, aquela verdade não pode ficar à mercê da influência das partes, subtraindo-se do julgador os poderes instrutórios necessários para o seu

³² Sergio Demoro Hamilton, “A Disciplina Legislativa da Prova Penal”, in *Doutrina*, nº 07, p. 276/293, 1999.

³³ René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado*, tradução de Hermínio A. de Carvalho, 2ª edição, 1978, Lisboa, Meridiano, *apud Common Law*, GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, p. 25, Editora Revista dos Tribunais, 1999. Observe-se que o Direito Comparado agrupou os diversos sistemas jurídicos em grandes famílias, variando, segundo os autores, os métodos para a divisão dos mesmos. Aqui seguiu-se, por critérios meramente utilitários, a classificação do Prof. RENÉ DAVID: sistema romano-germânico, sistema da *common law*, sistema dos direitos socialistas e sistemas teocráticos. Cada um deles mereceria análise detalhada em suas particularidades, tema que escapa à finalidade do presente estudo.

³⁴ Eugénio Florian, *Della Prove Penali*, vol II, p. 238, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1921.

³⁵ Ada Pellegrini Grinover, A Iniciativa Instrutória do Juiz do Processo Penal Acusatório, in *Doutrina* nº 07, p. 188/199, *passim*.

alcançe. A assertiva, no seu pensar, vale para o processo penal e para o processo civil. Concede, porém, a douta jurista limites àquela atividade instrutória do juiz na fase de investigação, sob pena de ressurgimento da figura do juiz-inquisidor do processo de antanho. Neste momento do procedimento, admite, apenas, um juiz dotado de poderes para determinadas medidas cautelares.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³⁶ é do mesmo sentir, ao enfatizar sua “pouca ou nenhuma simpatia pela compulsória redução do papel atribuído ao juiz penal em matéria de iniciativa probatória”, destacando o contraste no sentido dos itinerários que vão percorrendo, na atualidade, o processo civil e o penal. Enquanto o primeiro tende a “publicizar-se”, cada vez mais, o segundo dá sinais de “privatizar-se”. Tal fato, salienta o eminente processualista, decorre da “tendência ao esvaziamento das atribuições do juiz penal como agente propulsor da instrução probatória, cuja ativação passa a depender fundamentalmente da iniciativa das partes”.

15. O direito processual herdado da *Common Law*, ao contrário, segue caminhos radicalmente diversos aos do modelo originário da Europa continental. Lá, “a responsabilidade pela produção das provas recai exclusivamente sobre as partes”. Tal fato resulta de que o “processo penal nos Estados Unidos tem um caráter marcadamente acusatório, em função do papel preponderante do promotor público, o *prosecutor*, em detrimento do papel do juiz de direito (que, portanto, tem suas funções inquisitoriais praticamente anuladas)” [destaques meus]. As razões de tal procedimento são facilmente explicáveis. É que na *Common Law* praticamente inexistente a figura do juiz “como agente gerador de impulsos processuais”. Lá, pode-se dizer que o processo é “coisa das partes”, autor e réu, no processo civil, e *public prosecutor* e réu, no processo criminal. Afasta-se, assim, de maneira inconciliável, do nosso modelo (*civil law*), herança do processo canônico medieval, marcadamente inquisitorial. Predomina, assim, o caráter *adversary*, no cível, e *accusatory*, no criminal³⁷.

16. Colocadas as posições antagônicas dos sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*, incumbe examinar se nosso Código de Processo Penal, tal como alega em sua “Exposição de Motivos” e, como ficou visto (nºs 1 e 2, *supra*), prevê o Texto Magno, efetivamente, em matéria de prova, guardou fidelidade com o princípio acusatório. Diga-se o mesmo, quando cabível, a respeito de algumas das leis especiais, muitas delas editadas após o advento da Constituição Federal de 1988 (nº 13, *supra*).

A resposta, necessariamente, terá que ser negativa.

A simples leitura do art. 156, *in fine*, do CPP está a demonstrar que o juiz penal detém amplos (amplos, não; imensos!) poderes investigatórios na fase judicial. Tal

³⁶ José Carlos Barbosa Moreira, Processo Civil e Processo Penal: Mão e Contramão?, in *Revista do Ministério Público-RJ*, nº 08, 3ª fase, p. 199/211, 1998, *passim*.

³⁷ Para um estudo mais acurado do sistema americano, recomenda-se, de modo especial, a leitura de Guido Fernando Silva Soares, *Common Law*, Editora Revista dos Tribunais, 1990, *passim*.

afirmação encontra sua razão de ser em face do princípio da verdade real, que se pretende intocável no campo do processo penal³⁸. Aliás, a parte final do aludido dispositivo da lei processual torna a primeira não de todo inútil, mas de valor relativo, quebrando, queiram ou não, a imparcialidade do juiz e a ortodoxia acusatória. Averte-se que não se trata de mera faculdade do juiz a busca de provas. O “poderá”, ali inscrito, por força do princípio da verdade real, tem sido interpretado como um dever do juiz suprir a omissão da parte em matéria probatória, *mesmo que se trate de prova da acusação*. É caso de dizer-se que a lei disse menos do que pretendia afirmar. Aliás, a Exposição de Motivos do CPP, ao abordar as provas (item VII), deixa claro que “o juiz deixará de ser mero expectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, *de ofício*, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da *acusação* ou da defesa e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*” (destaques meus). Aqui estamos, sem dúvida, no campo da verdade real levada à *outrance*.

Aliás, quer se veja como mera faculdade, quer se veja como dever jurídico do juiz a busca *ex officio* das provas, em nada ficaria afetada a violação ao sistema acusatório, pois, de uma forma ou de outra, o julgador deixaria de atuar superpartes, comprometendo, a partir daí, a sua imparcialidade.

GIOVANNI CONSO³⁹, ao examinar o sistema acusatório, entre outros aspectos, frisa a necessidade de *exclusão da iniciativa judicial no recolhimento das provas*.

Não procede, de forma alguma, a alegação no sentido de que a iniciativa judicial no campo probatório não compromete a imparcialidade do juiz. Soa-me evidente que o magistrado, ao tomar a iniciativa da produção de determinada prova em favor da acusação, antevê determinado resultado, pois, do contrário, não teria sentido a providência. GERALDO PRADO⁴⁰ usa uma feliz expressão para definir tal atitude, ao designá-la como refletindo indiscutível “comprometimento psicológico” do julgador, pois, ele mesmo, juiz, irá julgar a prova carreada aos autos em razão de sua iniciativa e, portanto, no seu entendimento, *relevante* para o julgamento da causa penal. Prova, assinale-se, que não fora cogitada pela acusação e que, em tese, pode resultar na condenação do réu.

17. Resulta evidente que toda a crítica em relação à iniciativa probatória do juiz está dirigida *somente* quando ela é tomada no sentido de prover subsídios para a acusação.

³⁸ O princípio da verdade real não é um dogma do processo penal. Basta ver-se, só para exemplificar, que a revisão criminal não é admitida quando *pro societate*.

³⁹ Giovanni Conso, *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, p. 08, *apud Sistema Acusatório*, GERALDO PRADO, p. 113, Lumen Juris, 1999. Na opinião do ilustre professor, CONSO é um dos autores que mais se aprofundaram no estudo da matéria.

⁴⁰ Geraldo Prado, *Sistema Acusatório*, p. 129, Lumen Juris, 1999.

No campo da ação penal pública, dispomos de um Ministério Público qualificado, intelectual e moralmente, para atuar a contento, sem a necessidade do auxílio do juiz, desequilibrando a balança em favor do autor da ação penal.

Por que, então, o *bis in idem* em detrimento do réu?

Por que dois órgãos do Estado (o Ministério Público e o juiz) devem alinhar-se na persecução criminal em desfavor do réu?

Sem dúvida, em um processo que se pretenda acusatório, sabe-me absurda a providência que enseja ao juiz enveredar na busca de provas que possam, no menos em tese, incriminar o réu. Quem procura busca achar o que se propõe encontrar.

Ou tratar-se-ia de providência imotivada?

Não dá para entender a histórica desconfiança do legislador para com o Ministério Público, tão empenhado quanto o juiz na realização de um *processo justo*.

Não se deve, na análise da *quaestio*, fazer qualquer comparação com o processo civil. Nele predomina o interesse da parte em ver acolhida a sua pretensão. Tal observação mostra como é perigosa a assemelhação entre os dois processos. No cível, o autor não ingressa em juízo com o objetivo nobre de ver reintegrada a ordem jurídica violada. O autor não é promotor de *justiça*; é promotor, isto sim, dos seus interesses pessoais ou patrimoniais, que podem ou não coincidir com o ideal de justiça. Seu interesse de agir é bem diverso daquele que motiva a atuação do Ministério Público.

Como admitir-se, no campo do processo civil, que uma parte apele em favor de outra? No entanto, não se discute que o Ministério Público pode recorrer em favor do réu ou impetrar *habeas corpus* para proteger o imputado (art. 654, do CPP).

Não se pode imaginar, no processo civil, uma regra como a que consta do art. 385 do CPP. É certo que lá pode haver a transação ou a desistência da ação. Porém, quando tal se dá, as partes pretendem satisfazer seus próprios interesses da maneira mais satisfatória possível, compondo a lide em função de uma solução que, no caso concreto, lhes parece mais favorável.

Não se admite, assim, possa o Ministério Público ser concebido como uma espécie de quinta roda do carro, incumbindo ao juiz socorrê-lo, ao obrar como uma espécie de *longa manus* da acusação, promovendo medidas no objetivo de complementá-la, ainda que o faça em caráter supletivo.

No campo da ação privada, o tema, quero crer, não merece maior indagação. Vigorando, ali, o princípio da disponibilidade da ação, torna-se patente que a parte final do art. 156 do CPP, nela, não pode merecer aplicação, mesmo para aqueles defensores extremados da ampla intervenção do juiz em matéria probatória. Nunca o juiz, ainda que supletivamente, poderá intervir para buscar prova que incumbia ao querelante produzir. Nos casos de exclusiva ação privada, a atuação do juiz só se dará em favor do querelado,

quando este, não importa a razão, deixe de produzir prova que, eventualmente, possa beneficiá-lo. Justifica-se tal atuar em razão do princípio do *favor libertatis*.

Aliás, é bom que fique assinalado que a participação *secundária* do juiz não se limita à busca de prova em favor do querelado.

Em qualquer outra matéria, como decorrência do princípio do *favor rei*, o juiz deverá, sempre que necessário, intervir *pro reo*. Suponha-se, por exemplo, um caso de uma prisão ilegal. Cabe ao magistrado, de ofício, conceder liberdade, independentemente do requerimento do indiciado ou do réu (art. 654, § 2º, do CPP). Por mera aplicação do salutar princípio da proporcionalidade, sobreleva o direito à liberdade em detrimento do sistema acusatório.

Ao revés, quando estiver em jogo a decretação da prisão, de acordo com a linha de pensamento defendida no presente estudo, o magistrado, ao contrário do que consta da nossa lei processual, jamais deverá atuar de ofício, dependendo, sempre, de requerimento do Ministério Público ou do querelante, conforme o caso. O assistente da acusação, por exemplo, jamais estará legitimado a postular aquela medida coercitiva, tendo em conta os limites impostos pelo art. 271 do CPP, que deve ser interpretado restritivamente.

Aliás, como posto em destaque no decorrer da exposição, em qualquer medida cautelar, seja ela de caráter pessoal, seja ela de natureza real, desde que observado o sistema acusatório de forma ortodoxa, será vedada a atuação de ofício do magistrado. A providência dependerá, sempre e sempre, da iniciativa do Ministério Público ou do querelante, em função, evidentemente, da hipótese em exame.

Do contrário, teremos, como ainda ocorre em nossa legislação, um simulacro de sistema acusatório.

Análise das alterações sofridas na legislação processual penal: os procedimentos – (II)¹

Sergio Demoro Hamilton

“Fizeram e tentam fazer, pois, do processo penal mais um atentado contra os legítimos interesses da sociedade, sempre e cada vez mais desguarnecida e vitimada pela ação de criminosos e agora pela legislação processual.”²

1. Dando seguimento ao estudo das profundas modificações ocorridas em nossa legislação processual penal, agora iremos estudar “os procedimentos”, abrangendo, para efeito de simplificação, os dizeres da rubrica contida na Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, que se ocupa da “suspensão do processo”, da “*emendatio libelli*”, da “*mutatio libelli*” e dos “procedimentos”. Antes, em outro estudo, já havíamos examinado “as provas” (Lei 11.690, de 9 de junho de 2008).

2. Seguirei, para fins didáticos, a ordem numérica legal estabelecida no texto a ser examinado. Não me sabe de boa técnica, como tantas vezes já destaquei, tais mudanças setoriais, que acabaram por transformar o nosso pobre e envelhecido Código de Processo Penal numa verdadeira colcha de retalhos. Ao que me parece, a reforma do CPP torna-se inevitável, uma vez que já se encontra formada uma comissão³, instituída pelo Senado, tendo como coordenador o ministro HAMILTON CARVALHIDO, do Superior Tribunal de Justiça, voltada para a elaboração de um anteprojeto de CPP, tendo sido fixado prazo de 180 dias para a realização dos trabalhos. Resta indagar se haverá vontade política na efetivação da medida por parte das casas do Congresso, pois, desde 1961, ainda ao tempo do governo JÂNIO QUADROS, foram elaborados inúmeros anteprojotos que não lograram sucesso.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 34, p. 123-137, out./dez. 2009.

² Entrevista concedida pelo Juiz de Direito Fausto Martin de Sanctis ao jornal *O Globo*, de 19 de julho de 2008, p. 7, “Seção Opinião”.

³ Integram a Comissão, além do ministro Hamilton Carvalhido; Antonio Corrêa (juiz federal); Antônio Magalhães Gomes Filho (advogado e professor da Universidade de São Paulo – USP); Eugenio Paccelli (procurador regional da República); Fabiano Augusto Martins Silveira (consultor legislativo do Senado Federal); Félix Valois Coelho Júnior (advogado, ex-secretário de Justiça do Estado do Amazonas); Jacinto Nelson de Mirante Coutinho (advogado e professor da Universidade Federal do Paraná – UFPR); Sandro Torres Avelar (delegado federal e presidente da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF) e Tito de Souza Amaral (promotor de justiça). Transcrito do *Jornal do Commercio*, de 14-7-2008, Seção “Direito e Justiça”.

Demais disso, impõe-se, do mesmo passo, profunda revisão da lei penal material, pois, com a leniência da nossa lei substantiva penal, de nada adiantará uma reforma processual. Enquanto perdurar o “humanismo piegas”, que pervarga a nossa legislação penal, o crime organizado e, até mesmo, o desorganizado continuarão a espalhar o terror e a violência, que faz com que os homens de bem se vejam obrigados a cercar suas casas com grades. Isto sem falar nos grandes escândalos financeiros, que se tornaram corriqueiros diante da impunidade geral.

3. Passemos, pois, ao estudo da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, adotando o sistema preconizado acima (2, *supra*).

Excelente medida veio a ser tomada com a nova redação adotada no art. 63, parágrafo único do CPP, ao estabelecer que, transitada em julgado a sentença condenatória, a execução possa ser efetuada, desde logo, pelo valor fixado no art. 387, IV.

Trata-se de um valor mínimo voltado para a reparação dos danos causados pela infração penal, tendo em conta os prejuízos sofridos pelo ofendido e que não interfere na futura liquidação, objetivando a apuração do prejuízo efetivamente sofrido pela vítima.

A medida, na realidade, é uma cópia da multa reparatória instituída pelo “Código de Trânsito Brasileiro” (Lei n. 9.503, de 23-9-1997), como penalidade (art. 297), em boa hora incorporada ao processo penal comum.

É evidente que, quando do ressarcimento civil do dano, o valor da multa reparatória terá que ser descontado, evitando-se o enriquecimento ilícito por parte do ofendido.

4. Houve um aperfeiçoamento técnico da lei, no art. 257, I, ao acrescentar que ao Ministério Público compete “*privativamente*” promover a ação penal pública. Na redação anterior dizia-se, apenas, que o Ministério Público promoverá a ação penal pública (art. 257 do CPP). Cogita-se de correta adaptação da lei ordinária aos termos da Constituição Federal (art. 129, I), que consagrou o sistema acusatório em nossa legislação.

5. O mesmo elogio não merece o art. 265, § 1º, ao ditar que a audiência poderá ser adiada, se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer. Como assinalou o juiz FAUSTO MARTIN DE SANCTIS⁴, em lúcida apreciação a respeito da inovação, basta a juntada de um atestado médico para o interessado pleitear a não-realização da audiência. Ora, no regime anterior, “a falta de comparecimento do defensor, *ainda que motivada*”, não determinava o adiamento de ato algum de processo, devendo o “juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato” (art. 265, parágrafo único).

Observe-se que, mesmo no procedimento do Júri, rico de formalidades inúteis e incompatíveis com a celeridade dos processos, o art. 403 do CPP já previa que, mesmo no caso de enfermidade do defensor, será ele substituído, definitivamente, ou para o só efeito do ato.

⁴ Fausto Martin de Sanctis, “Sociedade indefesa”, extraído do jornal *O Globo*, de 19 de julho de 2008, “Seção Opinião”, p. 7.

6. Introduziu-se, no meu entendimento com vantagem em relação à legislação anterior, a citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil, na hipótese em que o réu se oculta para não ser citado, devendo o oficial de justiça certificar a ocorrência (art. 362). No regime anterior a citação era efetivada por edital, com prazo de 5 dias, modalidade de citação ficta, sem dúvida, por demais precária e menos efetiva que a citação com hora certa. Uma vez complementada a citação com hora certa, caso o acusado não venha a comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

Entendo que, em tal circunstância, não há razão para a suspensão do processo, uma vez que o réu tem pleno conhecimento de que está sendo procurado pela Justiça, mesmo que ele não venha a constituir defensor, até porque não houve citação por edital.

7. O *caput* do art. 383 do CPP repete o princípio da livre dicção do direito: *narra mihi factum dabo tibi jus*. Trata ele da *emendatio libelli*.

Porém, o parágrafo primeiro do aludido dispositivo inova ao admitir, na fase de sentença, a proposta de suspensão condicional do processo se, em razão da nova definição jurídica, o caso o permitir. É sabido que o *sursis* processual é uma medida a ser proposta pelo Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia (art. 89 da Lei 9.099/95). Nada impede que, em casos excepcionais, o *Parquet* venha a fazê-lo em momento posterior, desde que, no decorrer da instrução criminal surjam *novos* elementos que demonstrem ser adequada aquela providência, pois, muitas vezes, quando da denúncia, não dispunha de dados para tal. Porém, não me parece acertada a suspensão condicional do processo após nova definição jurídica advinda na fase da sentença condenatória. Após a sentença, o juiz exaure a sua jurisdição, não mais devendo inovar no feito. Só restará ao magistrado, nesta fase, conceder ao réu o *sursis* clássico. Que fique bem clara nossa posição: a suspensão condicional do processo só devia ser admitida no decurso da ação penal, com o oferecimento da denúncia, e sempre *antes* da fase da sentença.

Agora, com a nova lei, permite-se, quando da sentença, desde que a nova definição jurídica o admita (e atendidos, evidentemente, os demais requisitos a que se refere o art. 89 da Lei 9.099/95) a medida de despenalização. É certo que o *sursis* clássico faz supor a existência de sentença condenatória, tendo, portanto, caráter retributivo. E tanto isto é verdade que, uma vez revogado, o condenado cumpre a pena que apenas se encontrava suspensa. Já a suspensão condicional do processo não reveste natureza sancionatória. Portanto houve um abrandamento da lei. Um entre tantos.

Não se cogitou, na oportunidade, da possibilidade de o Ministério Público vir a interpor recurso contra sentença que propiciou nova definição jurídica para o fato, rendendo ensejo à suspensão condicional do processo:

Quid iuris?

Não vislumbro solução outra que não seja a subida do recurso, quando, então, a definição jurídica restará definida.

Mas as dificuldades não se encerram aí. Com efeito, dispõe o parágrafo segundo do art. 383 que, em se tratando de infração penal da competência de outro juízo, a este serão remetidos os autos. Até aí, tudo bem. E se o novo juízo não aceitar a sua competência? Só restará a este suscitar o conflito negativo de competência (ou de jurisdição, conforme o caso). Até que tudo se resolva é que se poderá saber se o *sursis* processual terá ou não aplicação. Compreende-se, agora, a sábia razão pela qual a lei anterior cogitava da suspensão condicional do processo *antes* da sentença.

8. O art. 384 do CPP cogita da *mutatio libelli*.

Assinala o aludido dispositivo que, encerrada a instrução probatória, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou a queixa (art. 29 do CPP), caso da prova colhida haja cabimento de nova definição jurídica do fato, pela presença de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação e que, como tal, o réu não teve a oportunidade de se defender. Para tanto, o *Parquet* disporá do prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude dela tenha sido instaurado processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Conclui-se da lei que se trata de aditamento espontâneo, que deverá conter os mesmos requisitos de uma inicial de acusação.

Caso o órgão do Ministério Público não proceda ao aditamento, aplica-se a regra do art. 28 do CPP.

Não há dúvida que o regime atual apresenta-se tecnicamente mais perfeito, uma vez que põe de lado a possibilidade do aditamento provocado, violador do sistema acusatório⁵. E tanto isto é verdade, que a última palavra sobre a acusação será dada pela chefia do *Parquet*.

Ouvida a defesa, no prazo de 5 dias, o juiz, caso venha a receber o aditamento, atendendo a requerimento de qualquer das partes, dará prosseguimento ao feito, com a continuação da audiência, colheita de provas e novo interrogatório do réu, realizando-se, por fim, os debates e o julgamento.

Não recebido o aditamento, o processo terá seguimento.

Haverá recurso contra a decisão que rejeite o aditamento?

Penso que sim, através de apelo residual previsto no art. 593, II do CPP.

Parece-me que o art. 384 do CPP cogitou, apenas, do aditamento objetivo ao referir-se somente à nova definição jurídica. Dessa maneira, se for o caso da inclusão de

⁵ Consulte-se, a propósito, meu estudo “O aditamento Provocado – Uma Heresia”, “Separata”, *Revista Forense*, volume 375.

novo réu (aditamento subjetivo) só restará ao Ministério Público, diretamente, instaurar novo processo contra o imputado não incluído na acusação originária.

9. O parágrafo único do art. 387 do CPP, coerente com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF), e com os dizeres da Súmula 9 (nove) do STJ, exige que o juiz decida fundamentadamente sobre a manutenção da prisão ou, se for o caso, a respeito da imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, por ocasião da sentença condenatória. Abrange, assim, a cautelar pessoal e a real, além de assegurar o conhecimento da apelação que vier a ser interposta. Depreende-se do dispositivo que a lei processual, ao usar a expressão, no final do parágrafo único do art. 387, “sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”, desejou assegurar que, em qualquer caso, ainda que ausente ou foragido, possa o réu interpor apelação, por intermédio da defesa, mesmo na hipótese em que não venha a ser preso provisoriamente, tendo em conta o art. 8º, n. 2, *h*, do Pacto de São José da Costa Rica⁶, que assegura ao réu o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, sem fazer qualquer ressalva ou restrição.

10. Chega-se, agora, ao exame dos procedimentos. O art. 394 emprestou, sem dúvida, tratamento sistemático à matéria. No regime anterior, por exemplo, o procedimento sumário vinha elencado entre os procedimentos especiais, quando, na origem, ele nada mais era que o rito comum dos crimes apenados com detenção (art. 539 do CPP) não regulados pela Lei 9.099/95. Era tão comum como o que se previa para os crimes apenados com reclusão (art. 394, antigo). Que dizer do absurdo encarte do “processo” do Júri no meio do rito comum (Livro II, Título I, Capítulo I) e vai por aí...

Agora, não; o procedimento será comum e especial, dividindo-se o primeiro em ordinário, sumário e sumariíssimo (art. 394, § 1º). Reserva-se o rito ordinário para os casos mais graves, quando o feito versar a respeito de crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (I). O sumário só tem aplicação nos crimes, desde que a pena máxima cominada for inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (II). Por fim, o rito sumariíssimo abrange as infrações penais (portanto, crimes e contravenções) de menor potencial ofensivo (III), regidas na atualidade, pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Fez-se, como era de esperar, o procedimento comum como rito-regra, salvo disposições em contrário constantes do próprio Código ou de lei especial (art. 394, § 2º do CPP). Tal dispositivo guarda compasso com o disposto no art. 394, § 5º, este voltado para o procedimento ordinário. Parece-me ociosa a determinação constante do

⁶ Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, que promulgou a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (“Pacto de São José da Costa Rica”, de 22 de novembro de 1969). A Carta de Adesão pelo Governo brasileiro a essa Convenção veio a ser depositada em 25 de setembro de 1992.

parágrafo terceiro, pois o procedimento do Tribunal do Júri é especial, devendo, em relação a ele, ser observados os preceitos legais indicados nos arts. 406 a 497 do CPP.

Importante mandamento legal vem inserto no art. 394, § 4º ao dispor que o ordenamento constante dos arts. 395 a 398 do Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no Código. Em razão do aludido preceito legal criou-se para o processo penal um verdadeiro rito bifásico: a primeira parte reservada para o *judicium accusationis* (art. 395 a 397) e a segunda fase voltada para *judicium causae* (arts. 399 e seguintes).

Importou-se, destarte, do processo civil o julgamento antecipado da lide. Trata-se de uma boa medida? Não.

A obsessão do legislador, pelo menos em palavras, foi a de imprimir maior celeridade à aplicação da Justiça. Pois bem: esta primeira fase só vai servir para estender, ainda mais, o curso da ação penal, como será demonstrado.

Por maior louvor que se possa tecer à nova fase procedimental, tão elogiada por nomes da maior representatividade no estudo do processo penal, invocando-se, inclusive, legislação e doutrina alienígenas, creio que não se deve receber, de forma acrítica, qualquer novidade, pelo simples fato de que, em alguns países cultos, tais providências foram adotadas. É preciso estar atento para a nossa realidade, evitando-se eternizar os processos. Acaso a situação anterior não garantia o devido processo legal? Por que mudá-la? Segundo dados colhidos da OAB, o País conta com 7,7 juízes por cem mil habitantes, enquanto na Alemanha essa mesma relação é a de um juiz para cada três mil habitantes (*vide* informe da Editora Revista dos Tribunais, nº 54, p. 4). Por que, então, estendermos cada vez mais os ritos?

11. Pode-se dividir esta primeira fase, que chamaria de juízo de acusação, em dois momentos:

- a) o de apreciação da denúncia ou da queixa (art. 395), como antes ocorria;
- b) o de citação do acusado, se recebida a inicial.

Caso a petição inicial não seja rejeitada liminarmente (letra *a*), o acusado será citado (letra *b*) para responder, por escrito, à acusação no prazo de 10 (dez) dias (art. 396). No regime anterior, o prazo de alegações preliminares era de três dias, encontrando a ação penal já em curso, pois não havia a fase preliminar. Só por esses dados, já dá para ver como a alegada celeridade não passa de uma falácia.

Nas causas indicadas para a rejeição da denúncia, há alusão à falta de pressuposto processual. É de relevar, porém, que, no caso de incompetência, a hipótese não se subsume na rejeição da inicial, mas sim na remessa dos autos ao juiz competente. É, assim, que a matéria é regulada, com inteiro acerto aliás, nos arts. 108 a 110 do Código de Processo Penal.

O art. 396-A regulamenta a fase de dilação petitória e a da dilação probatória. A primeira demonstrada pela resposta, em si, à acusação e a segunda pelas provas que o acusado pretende produzir. O dispositivo em tela é verborrágico quer numa fase, quer noutra. É evidente que, com a resposta, ao lado do mérito, a parte pode argüir preliminares. E, em segundo lugar, bastaria que a lei dissesse “produzir todos os meios de prova que o caso comportar”, na parte relacionada com a prova.

Quanto às exceções (art. 396-A, § 1º) vale a ponderação de que elas, *em regra*, não suspenderão o curso do processo (art. 111 do CPP).

Torna-se necessário que o juiz, mais que nunca, exerça severa fiscalização para que a instrução probatória não se transforme num verdadeiro processo de conhecimento prévio, fazendo com que a prova a ser produzida se volte, precipuamente, para uma das causas que possam conduzir à absolvição sumária (art. 397), não enveredando para questões outras que deverão ficar reservadas para o juízo de mérito.

Neste momento procedimental incumbe ao réu demonstrar, em sua defesa, a existência de *manifesta* causa excludente da ilicitude do fato, de *manifesta* causa que exclua a sua culpabilidade, ou, ainda, uma causa de extinção da punibilidade. Em relação às duas primeiras a prova deverá ser *manifesta, inequívoca*, não passível de dúvida. Em caso contrário, a matéria deverá ficar reservada para o juízo de mérito que se seguirá. Já no que tange à extinção da punibilidade, a prova será documental, oral ou, ainda, restará evidenciada nos próprios autos, dependendo da causa invocada.

A lei deveria ter limitado o número de testemunhas. Como não o fez, cabe ao juiz, provendo à regularidade do processo (art. 259 do CPP) indeferir qualquer providência protelatória, até porque a absolvição sumária só se dará quando *manifesta e indiscutível* a prova dos autos, dado que faz com que não haja necessidade de instrução probatória extensa.

A lei usou, nesta fase, a palavra *citação* (arts. 396 e 396-A, § 2º), o que demonstra que a relação processual estará instaurada com o oferecimento da denúncia ou da queixa.

Aliás, não poderia haver absolvição sumária sem a citação do acusado (não-indiciado, que não responde a qualquer ação penal), como o afirma o art. 397, gerando efeitos definitivos para o processo, pois, uma vez trânsita a absolvição, o processo não mais poderá ser reaberto pelo mesmo fato. Antes, o que poderia ocorrer seria a mera rejeição da denúncia (art. 395) em relação ao indiciado, despacho, como sabido, provisório e que pode ser revisto a todo tempo, desde que surja fato novo (Súmula 524 do STF), caso ela envolva apenas suporte probatório.

É preciso, também, que o fato narrado, *evidentemente*, não constitua crime. Na dúvida, torna-se incabível a absolvição liminar.

Da sentença de absolvição sumária cabe recurso de apelação (art. 593, I do CPP) pois em jogo decisão de mérito. Quanta celeridade!

12. Recebida a denúncia ou a queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a *intimação* do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399). Nessa fase há mera intimação do réu, pois ele já foi citado quando do juízo de acusação, ficando, assim, vinculado à instância.

Não adotou o legislador o critério que presidia o rito dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos nos crimes afiançáveis, em que havia, na fase inicial, a notificação do acusado para resposta (art. 514) e a citação posterior caso a denúncia ou a queixa viesse a ser recebida (art. 517). Aliás, no regime do Código de 41, bastava a resposta do defensor nomeado, caso não fosse conhecida a residência do acusado ou ainda se este se achasse fora da jurisdição do juiz (art. 514, parágrafo único). Agora, exige-se a *citação* por edital do réu, sem maiores especificações, ou seja, desde que ele esteja em lugar incerto e não sabido (art. 396, parágrafo único). Não fixou a lei prazo para o edital, devendo, em consequência, o lapso temporal ser regulado no máximo (art. 361 do CPP).

13. Outra novidade consiste na adoção do princípio da identidade física do juiz em nossa legislação processual penal (art. 399, § 2º). Não me parece uma medida adequada em razão do que estabelecem os arts. 400 e 533, em que se pretende que toda a prova seja colhida em única assentada. Ora, quem milita no foro criminal sabe muito bem que isso dificilmente poderá ser realizado. No processo civil, ao contrário do que se dá no penal, a incidência da prova oral é muito menor. Na prova penal, em regra, deve-se ouvir o ofendido (“sempre que possível”, diz a lei no art. 201), inquirir, em média, três testemunhas e interrogar o réu. Isto em procedimento simples, em que só haja um ofendido e um acusado. A concentração da prova oral só irá tumultuar ainda mais a pauta das audiências (art. 400, § 1º).

Observe-se, ainda, que a lei estabeleceu uma ordem rígida para as diversas declarações: o ofendido presta declarações em primeiro lugar, após dá-se a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa e, por fim, ocorre o interrogatório do acusado, “*nesta ordem*”, enfatiza a lei, de forma peremptória (art. 400). Suponha-se, por exemplo, que o ofendido não compareça. Basta isso para a audiência ser adiada, pois o Código não admite inversão da ordem legal. Tecnicamente, pode-se afirmar que a ordem de declarações que a lei estabelece é a mais correta, porém, deveria dar-se maior flexibilidade ao juiz para alterá-la, desde que, no caso, não houvesse prejuízo *concreto* para a acusação ou para a defesa. Aliás, anteriormente, a jurisprudência já admitia que a inversão da ordem na inquirição das testemunhas não acarretava nulidade para o processo desde que não houvesse prejuízo para parte (art. 563 c/c 566 do CPP). Agora, com a expressa determinação da lei, “*nesta ordem*”, pode-se afirmar (sem ser profeta) que tais exigências, para que sejam atendidas (não se muda a realidade por força de lei), irão acarretar adiamento de audiências. Tem mais: a análise que aqui se fez partiu de um processo simples em que não haja requerimento para esclarecimento do perito,

acareações e quejandos, contando com um só ofendido, com duas ou três testemunhas, em média, e com um acusado, tudo ocorrendo em um processo sem maiores incidentes.

Outra anotação estranha constante do art. 400 e aplicável ao art. 533 diz respeito ao reconhecimento de pessoas e coisas, que, antes, não se realizava em juízo por absoluta impossibilidade material da sua efetivação (arts. 226 a 228 do CPP). Na instrução criminal o que ocorria era o reconhecimento por mera indicação no depoimento da testemunha ou do ofendido. Agora, no entanto, pelo que indica o art. 400 do CPP, haverá aplicação das regras dos arts. 226 a 228 do CPP? Como? Interrompe-se a audiência para a montagem das exigências a que alude o art. 226 do CPP?

Se assim for, sinto que qualquer audiência, de porte médio, vai levar um dia inteiro para ser realizada, pelo menos nos grandes centros, caso não seja remarcada. Ainda bem que o art. 226, II, da lei processual penal usa a expressão “se possível”, dando ao juiz a possibilidade de uma saída honrosa para não cumprir o Código. No fim de contas *ad impossibilia nemo tenetur*.

Não me refiro aqui, evidentemente, às audiências de grande porte, contando com grande número de acusados, de ofendidos e de testemunhas, típicas dos grandes escândalos financeiros, na atualidade numerosos e até rotineiros, onde, evidentemente, haverá necessidade do desdobramento dos atos processuais, prorrogando-se, em dias diversos, guardada, sempre, a identidade física do juiz e a ordem rígida estabelecida na lei para as diversas declarações. Basta que um ofendido não compareça para que a colheita da prova oral não possa prosseguir (art. 400). Dessa maneira, a regra do art. 400, § 1º do CPP, ao estabelecer que as provas serão produzidas “numa só audiência” nem sempre (ou quase nunca) poderá ser cumprida por afrontar a realidade, salvo nos casos mais simples, desde que se observe a ordem rigorosa estabelecida na lei e que não haja incidentes, tais como acareações, diligências, esclarecimentos de peritos, etc.

Ressalte-se, ainda, que os processos volumosos nem sempre se referem aos crimes do colarinho branco⁷. Há vários feitos contando com muitos volumes, diversos réus, inúmeras testemunhas e vários ofendidos, envolvendo quadrilhas, roubos e sequestros praticados pela bandidagem rústica das ruas, dos morros e favelas, que, igualmente, enfrentarão as mesmas dificuldades para o atendimento da lei.

Antevejo, assim, sérias dificuldades para o andamento dos processos nas varas criminais. Oxalá esteja errado!

14. Produzidas as provas (instrução probatória), ao final da audiência, caso não haja necessidade de que ela seja convertida em diligência, segue-se a fase de alegações finais orais (instrução postulatória). O art. 402 previu que o Ministério Público, o querelante,

⁷ Denominação usada por Sutherland (Edwin H.) na sua obra *White-Collar Criminality*. A mesma expressão é adotada por Pimentel (Manoel Pedro) no seu estudo “Crime do Colarinho Branco”, publicado in *Justitia*, nº 81, pp. 214/224. Consulte-se, ainda, meu livro *Temas de Processo Penal*, 2ª edição, 2000, pp. 41 e seguintes, quando examinei a matéria, ressaltando o valor da prova indiciária para a comprovação de tais infrações penais.

o assistente e o acusado possam, antes de abordar o mérito, requerer diligências, desde que *necessárias* (isto é, aquelas que possam influir na decisão da causa) em razão de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Não se referiu ao juiz; porém, em complemento, o art. 404 alude à diligência (“considerada imprescindível”) ordenada *de ofício* ou a requerimento da parte, para que a audiência seja concluída sem alegações finais. Por sinal, ainda que a lei não se referisse ao magistrado, é óbvio que ele poderia determinar qualquer diligência necessária, em função do sistema do livre convencimento.

Caso não haja diligências determinadas pelo juiz nem requeridas pelas partes (ou, no caso destas, ocorrendo o indeferimento), chega-se à fase de alegações finais orais por 20 (vinte) minutos para as partes, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo, o juiz, em seguimento, a sentença.

O art. 403, § 1º estabelece que, havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. A providência é absolutamente correta e técnica, indo ao encontro da garantia da ampla defesa (art. 5º, LV da CF). No entanto, mais uma vez, a balança pendeu, sensivelmente, em favor da defesa, pois, em tal caso, na pior hipótese, deveria ter sido concedido ao Ministério Público o prazo em dobro para que o *Parquet* pudesse enfrentar as diversas defesas individuais (40 minutos, prorrogáveis por mais 20 minutos), ou seja, uma hora.

Quando se fala em contraditório homogêneo deve-se entender que a paridade de armas deve ser exercida na sua totalidade ou pelo menos de forma aproximada de maneira que a acusação, apesar do princípio do *favor rei*, não se veja enfraquecida. Nesse passo, não basta que, tecnicamente, ela seja do mesmo nível; impõe-se, também, que o contraditório se faça de equilibrado, dando a ambas as partes a oportunidade de um exercício adequado do seu *múnus*. Tal como está na lei, os “processos volumosos”, que envolvem inúmeros réus, deixarão o Ministério Público em situação de nítida inferioridade. O contraditório, no meu entendimento, tem mão dupla (art. 5º, LV da CF).

Note-se o cuidado que o legislador teve em resguardar, sempre, a defesa, qual se colhe da leitura do parágrafo segundo do art. 402, providência, sem dúvida, elogiável, pois, quando houver assistente do Ministério Público, que gozará de 10 (dez) minutos para a sua fala, após a do *Parquet*, prorroga-se, por igual período, o tempo de manifestação da defesa.

Por quê, então, dois pesos e duas medidas?

Observe-se que a lei não previu a ocorrência da hipótese cogitada no art. 29 do CPP, caso em que não se estabeleceu prazo para as falas do querelante e do Ministério Público, uma vez que este deve “intervir em todos os termos do processo”. Caberá, em tal caso, ao juiz distribuir o tempo de atuação da acusação entre o querelante e o *Parquet*, valendo o registro de que o Ministério Público, interessado na decisão justa, nem sempre estará, em seu pronunciamento, quanto ao mérito ou em relação a uma

questão processual, identificado com o do acusador particular. É um aspecto que o juiz deve atentar quando da divisão de tempo de cada fala.

15. Na verdade, manda o bom senso que o juiz, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceda às partes o prazo de 5 (cinco) dias, sucessivamente, para apresentação de memoriais. É a salutar providência prevista no art. 403, § 3º. Nesse caso, a seguir, terá o magistrado o prazo de 10 (dez) dias para prolatar a sentença.

Em ocorrendo a realização de diligência imprescindível, determinada de ofício ou a requerimento da parte, como a audiência foi concluída sem a apresentação de alegações finais, uma vez ultimada a diligência ordenada, não se reabre a audiência, cabendo às partes apresentar memoriais, no prazo estabelecido na lei, seguindo-se a sentença (art. 404, parágrafo único).

A diligência a ser realizada deve ser, como diz a lei, “imprescindível” para o esclarecimento da verdade processual. Em caso contrário, não se justifica a providência.

Portanto em 2 (duas) hipóteses, uma facultativa e outra obrigatória, justifica-se a apresentação de memoriais:

a) quando o caso reveste-se de complexidade ou quando o número de acusados recomendar a medida;

b) quando a audiência for concluída sem a realização de alegações finais em razão da necessidade de realização de diligência considerada imprescindível.

No primeiro caso (letra *a*), o juiz terá a faculdade de conceder às partes a apresentação de memoriais. No entanto, como já registramos, manda a boa razão que assim proceda.

No segundo (letra *b*), não se renova a audiência, devendo as razões finais ser apresentadas, obrigatoriamente, através de memoriais.

16. O art. 405 trata da documentação do desdobramento dos atos processuais ocorridos em audiência, “em breve resumo dos fatos relevantes”. O termo respectivo será assinado pelo juiz e pelas partes.

Já o parágrafo primeiro apresenta certas peculiaridades que merecem análise. Ali se diz que “sempre que possível” (art. 405, parágrafo primeiro) far-se-á o registro, objetivando obter maior fidelidade das informações, dos depoimentos dos diversos sujeitos da prova oral. Afirma-se que tal registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotípia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual.

Obrou com acerto o legislador ao usar a expressão “sempre que possível”, pois a realidade brasileira é bastante heterogênea, havendo lugares em que aqueles meios, de grande fidelidade para informações, não possam, por falta de recursos materiais e humanos, encontrar aplicação. Aliás, nem mesmo nos grandes centros pode-se ter certeza se e quando poderão ser implementados.

Há uma anotação curiosa do aludido parágrafo primeiro quando ele faz referência ao investigado, figura processual até então estranha ao nosso direito instrumental penal. Refere-se, também, ao indiciado (pessoa que responde a um inquérito policial). Quanto ao indiciado, evidentemente, gozará ele do direito ao silêncio, devendo, no entanto, constar afirmação sua de que não pretende prestar declarações.

Ao referir-se somente ao investigado e ao indiciado, omitindo-se quanto ao acusado (ou réu), o legislador dá a entender que somente pretende o uso daquelas tecnologias na fase pré-processual. É de ver, porém, que o parágrafo primeiro subordina-se ao art. 405, que está voltado para a audiência, parecendo-me, assim, que o uso de toda técnica a que se refere o parágrafo deve ser aplicado, também, e com maior razão, na fase judicial.

Assim, quando da audiência, além do registro a que se refere a cabeça do art. 405, “sempre que possível”, deverá ser aplicada, conforme o caso, uma das técnicas cogitadas nos parágrafos primeiro e segundo.

Fica-me a dúvida: quem será o investigado, já que a lei não usa palavras em vão? Penso que o investigado será a pessoa que ainda não chegou a ser indiciado no procedimento respectivo. Trata-se de mera suposição. O investigado, *a fortiori*, igualmente não estará obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas.

17. O processo sumário segue, *servatis servandis*, critérios assemelhados ao do procedimento ordinário (art. 531 c/c 400).

A audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias. No processo ordinário, o prazo para a realização daquela audiência é 60 (sessenta) dias. A ordem da colheita da prova oral no procedimento sumário é a mesma do processo comum ordinário: ofendido (I), testemunhas arroladas pela acusação (II) e, após, as da defesa (III), esclarecimentos eventuais do perito, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas (IV), deixando-se, para o fim, o interrogatório do acusado (V). “Nesta ordem”, diz a lei. Abre-se a ressalva para o caso de expedição de carta precatória (art. 222 do CPP). É certo que o aludido dispositivo (art. 222) faz referência somente à testemunha. Porém, quero crer, aplica-se, por analogia, também ao ofendido. Vale a anotação, quer para o processo ordinário, quer para o processo sumário, até porque a expedição de precatória não suspende a instrução criminal (art. 222, parágrafo primeiro), não impedindo o julgamento (art. 222, § 2º). No entanto, uma vez devolvida a precatória, será juntada aos autos.

As diferenças entre os dois ritos reside no prazo de sua realização (60 dias para o ordinário e 30 para o sumário), bem como quanto ao número de testemunhas (8 para cada parte no ordinário e 05, também para cada parte, no sumário — art. 533).

A exigência no sentido de que as provas sejam produzidas em uma só audiência (art. 533 c/c art. 400, parágrafos 1º e 2º) parece-me distante da realidade. Já tivemos a ocasião de analisar a questão, quando do exame do rito ordinário (13 a 16, *supra*).

Há uma regra, no mínimo estranha, contida no art. 400, § 2º, segundo a qual os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes. Trata-se de dispositivo que agride o sistema do livre convencimento e o princípio da verdade processual, pois nada impede que o juiz, de ofício, determine a providência, caso venha entender necessária a medida, haja ou não requerimento prévio da parte. Demais disso, na atualidade, haverá um só perito oficial, não mais ocorrendo a atuação de dois peritos, como previa a art. 159 do CPP.

Haverá possibilidade da apresentação de memoriais no processo sumário?

A lei não cogitou do emprego de memoriais, ao contrário do que ocorre no rito ordinário (art. 403, § 3º).

Com efeito, ao ocupar-se do procedimento sumário (arts. 531 a 536) não cuida daquela providência. No particular, ao regular a audiência (art. 534), deixa claro que “as alegações finais serão orais”.

O legislador, quero crer, partiu do princípio segundo o qual as infrações penais sujeitas ao rito sumário, por serem de menor gravidade (art. 394, § 1º, II), não ensejariam o emprego de memoriais. Porém, segundo entendo, pode ocorrer que o caso apresente complexidade ou, ainda, número excessivo de acusados. Penso que, em tal hipótese, o juiz poderá aplicar, subsidiariamente, as disposições do rito ordinário (art. 394, III, § 5º), admitindo a apresentação de memoriais (instrução postulatória), pois a complexidade do caso e/ou o número de acusados não guardam, necessariamente, relação com a pena, nem com a gravidade do fato.

O art. 533 manda aplicar ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400, no sentido de que as provas serão produzidas numa só audiência, devendo o juiz indeferir as consideradas, irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Quanto à questão dos peritos (art. 400, § 2º) já tivemos a ocasião de analisar linhas acima (17, *supra*). No que se refere às provas orais, todas a serem realizadas em uma só audiência, igualmente, já demonstramos nossa apreensão (13, *supra*).

Resta de pé a crítica já apresentada quando do exame do procedimento ordinário (14, *supra*), pois, aqui também, no rito sumário, não se cogitou de aumentar o tempo da sustentação oral da acusação, sempre que houver mais de um réu, referindo-se a lei, apenas, ao imputado (art. 534, § 1º). Dever-se-ia, na hipótese, dobrar o tempo das alegações finais orais da acusação para que se obedecesse o princípio da igualdade das partes, estabelecendo-se um melhor equilíbrio com o princípio do *favor libertatis*.

18. Prevê o art. 538 que, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário. Portanto, ainda que o fato verse a respeito de crime sujeito ao rito ordinário (o que não é provável, mas que, em tese, pode ocorrer), adota-se o procedimento sumário. Trata-se de regra estranha

e dispensável, pois, em boa técnica, o juizado especial deveria remeter o processo para o juízo comum cabível, adotando-se, conforme o caso, o rito ordinário ou sumário.

19. Que se pode dizer, no conjunto, das reformas introduzidas em nosso processo penal através da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008?

Há medidas boas que foram objeto de análise no decorrer do presente estudo. No entanto, se a finalidade da lei foi a de tornar célere o processo e o julgamento dos feitos criminais, parece-me que a emenda saiu pior que o soneto (10, *supra*). Basta o registro de que se criou uma fase preliminar (arts. 396 e 397) que denominei como sendo de um verdadeiro “*judicium accusationis*”, ensejando resposta do acusado e ampla dilação probatória (art. 396-A), que, segundo assinalado (11, *supra*), deverão sofrer rigorosa fiscalização do juiz para que não se prestem à alicantina e à má-fé, transformando-a num outro processo de conhecimento.

Outro sonho de uma noite de verão do legislador foi o de pretender que todas as provas sejam produzidas numa só audiência, concluindo-se tudo, inclusive os debates, em única assentada. No momento oportuno, destaquei, que, dificilmente, a lei encontrará aplicação, por afastar-se da realidade, pelo menos a dos grandes centros (13, *supra*).

Cumprе ressaltar, por fim, que o processo já tem início com a citação do réu (art. 396 c/c 363 do CPP) na fase do juízo de acusação, interrompendo-se a prescrição a partir do recebimento da denúncia ou da queixa (art. 117, I do CP). Caso venha a ocorrer o julgamento antecipado da lide, nas hipóteses *taxativamente* previstas no art. 397, uma vez trãnsita a sentença, não terá início a fase processual relativa ao julgamento de mérito.

Por fim, pode-se notar o sensível prejuízo da acusação, não somente pelos fatos já destacados no decorrer do presente trabalho, como também, no particular, na fase final de julgamento, quando dos debates, quer no processo ordinário, quer no sumário, sempre que, na ação penal, houver mais de um acusado (14, *supra*).

20. As modificações trazidas pela nova lei somente propiciam vantagens para a defesa, ao retardar sensivelmente o andamento dos processos, frustrando as expectativas sociais, ao lado de contribuírem para o aumento da violência, ao deixar a sociedade, cada vez mais, ao desamparo.

Dezembro de 2008

A reforma do Processo Penal¹⁻²⁻³

Sergio Demoro Hamilton

1. Há tempo, ao ler trabalho do professor Humberto *Theodoro Júnior*, deparei-me com interessante observação daquele eminente processualista mineiro a respeito das recentes inovações trazidas ao processo civil no sentido de torná-lo mais célere, eficaz e barato. Assinalava o festejado mestre que tudo aquilo que, “no quadro atual, estava ao alcance dos processualistas brasileiros” já fora feito “nas recentes reformas a que o Código de Processo Civil se submeteu”⁴.

No campo do processo penal, da mesma forma, estão sendo implementadas sucessivas modificações no vetusto e mal-acabado Código de Processo Penal, no sentido de simplificar e abreviar o procedimento, através de sucessivas leis. São as chamadas reformas setoriais, que se de um lado buscam dar solução para situações que, no entender do legislador, exigem pronto remédio, do outro apresentam o grave risco da fragmentação do sistema, ensejando a que, aos poucos, o próprio Código de Processo Penal deixe de existir como um todo orgânico.

O exemplo mais acentuado de tais modificações pode ser encontrado na Lei nº 9.099, de 26/09/95, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Outra mostra bem marcante de tais reformas setoriais advém da Lei nº 9.271, de 17/04/96, que deu nova redação ao art. 366 do CPP.

Refoje aos objetivos do presente trabalho o exame daqueles dois diplomas legislativos, criados, sem dúvida, no objetivo de desafogar o foro do excessivo número de processos mas que acabaram, no meu entendimento, por consagrar a impunidade geral.

Tive a oportunidade, de, no momento oportuno⁵, ressaltar a inconveniência da privatização do processo penal consagrada na Lei nº 9.099/95 bem como do absurdo processual (e ético!) contido na Lei nº 9.271/96. Oxalá esteja errado em minhas previsões!

¹ Artigo publicado originalmente na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 8, p. 275-291, jul./dez. 1998.

² Trabalho concluído em 11/04/98.

³ O presente estudo é dedicado aos meus ilustres e doutos colegas da Comissão constituída pelo Procurador-Geral de Justiça para ofertar sugestões relacionadas com a “Reforma do Código de Processo Penal”, Drs. *José Muiños Piñeiro Filho, Afranio Silva Jardim, Alexandre Viana Schott e Rogério Pacheco Alves*. O trabalho, ora publicado, não é meu; é *nosso*.

⁴ *Humberto Theodoro Júnior*, “Duas Grandes Inovações no Processo Civil Brasileiro: Antecipação de Tutela e Ação Monitória”, Conferência proferida no I Simpósio Nacional – Direito Civil e Processual Civil – Inovações e Tendências, realizada no Minas Centro, Belo Horizonte, dias 18 a 20 de abril de 1996, numa promoção conjunta do ID – Instituto de Direito e Associação Mineira do Ministério Público, in “Doutrina”, nº 02, 1996, pág. 229.

⁵ *Sergio Demoro Hamilton*, “A Vassalagem ao Direito de Defesa”, in “Doutrina”, nº 4, 1997, págs. 112/134, nos 16 e 17.

Seria caso de dizer que, até o momento, segundo penso, a emenda tem sido pior que o soneto...

2. No campo do processo penal não se pode dizer, como afirmado pelo professor *Humberto Theodoro Júnior* em relação ao processo civil, que os processualistas tenham, efetivamente, empreendido uma reforma eficaz ou que tenham efetivado tudo que estava ao seu alcance para a melhoria do código instrumental penal, aperfeiçoamento que não se traduz, obviamente, na privatização do direito penal e do processo respectivo ou na pura e simples defesa do interesse dos réus, marcada, muitas vezes, pela expressão pomposa de defesa das “garantias do cidadão”.

3. Tais considerações (1 e 2) vêm à baila em razão das recentes sugestões apresentadas pela Comissão instituída pelo Sr. Procurador-Geral de Justiça, através do ato nº 1331, de 08 de setembro de 1997, com a finalidade de apresentar propostas para a “Reforma do Código de Processo Penal”.

Com efeito, o Presidente do “Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária”, Dr. *Paulo R. Tonet Camargo*, solicitou ao Procurador-Geral de Justiça, em ofício datado de 09/07/97, subsídios do Ministério Público para a “Comissão Especial de Reforma do Código de Processo Penal”, instalada pelo Sr. Ministro da Justiça, Dr. *Iris Rezende*.

Atendendo àquela solicitação formou-se o procedimento de nº MP-009093/97, protocolizado aos 15/07/97.

Submetida a matéria ao douto Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos, Procurador de Justiça, Dr. *Helcio Alves de Assumpção*, foi por ele sugerida a formação de uma comissão para a elaboração de propostas, acompanhada da sugestão de nomes para compô-la.

Por Ato de 08/09/97, publicado no DOERJ (Parte I), de 16/09/97, pág. 20, foram indicados pelo Procurador-Geral para compor o colegiado em tela os seguintes integrantes do *Parquet* fluminense: Drs. *Sergio Demoro Hamilton* e *José Muiños Piñeiro Filho*, Procuradores de Justiça, e *Afranio Silva Jardim*, *Alexandre Viana Schott* e *Rogério Pacheco Alves*, Promotores de Justiça, ficando a presidência da comissão confiada ao primeiro.

No ofício enviado pelo Sr. Ministro da Justiça solicitava-se, “no mais curto espaço de tempo”, o desenvolvimento de estudos que permitissem alterações do atual Código de Processo Penal e da legislação correlata, visando, principalmente, a maior celeridade processual, com ênfase para os procedimentos orais, de modo a tornar mais rápida a prestação jurisdicional, sem prejuízo das garantias constitucionais do cidadão.

Dada a brevidade de tempo e tendo em conta que todos os membros da Comissão encontravam-se no exercício normal de suas atribuições no Ministério Público, traçou-se uma estratégia de trabalho, procurando dar ênfase às matérias que, no entendimento dos membros do colegiado, estavam a merecer indispensáveis e urgentes reparos, de

modo especial àquelas que não se viram recepcionadas pela nova ordem constitucional do País a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4. Abandonou-se, por completo, imprimir maior celeridade ao procedimento penal, com ênfase para os procedimentos orais, por entender a Comissão que, nesse passo, a Lei nº 9.099/95, ao versar sobre os Juizados Especiais Criminais, por sua extraordinária abrangência, já atendeu aos fins da proposta. Os procedimentos por ela não compreendidos não podem nem devem ser abreviados. Na verdade, dela escaparam os crimes de maior gravidade ou, ainda, aquelas infrações penais sujeitas a procedimento especial, que não comportam o rito sumariíssimo que a Lei do Juizados Especiais Criminais preconiza. Quanto mais grave for a infração penal praticada, mais amplo deve ser o procedimento de maneira a ensejar a mais ampla defesa, tendo em conta a magnitude da resposta penal que o crime, no caso, exige.

Demais disso, mesmo para as infrações penais não sujeitas ao rito da Lei nº 9.099/95, haverá a possibilidade da aplicação do *sursis* processual, nas hipóteses a que alude o art. 89 da referida Lei, o que, sem sombra de dúvida, veio desafogar, em muito, o trabalho do foro criminal. Para que se possa ter uma idéia dos efeitos da suspensão do processo, nada menos nada mais que 181 infrações penais catalogadas na parte especial do Código Penal poderão ensejar aquela providência⁶. É por tal razão que, no Rio de Janeiro, na Comarca da Capital, foram extintas dez Varas Criminais, que se transformaram em Juizados Especiais Criminais.

Portanto, na matéria, não há o que simplificar.

Assim sendo, no entender da Comissão, para os crimes mais graves deve ser mantido o procedimento ordinário pleno (no Código chamado de “processo comum”), resguardada, obviamente, a forma escrita, deixando-se a oralidade reservada para as infrações penais de menor potencial ofensivo, tal como consta do espírito e do texto da Constituição Federal vigente (art. 98, I).

5. Superada aquela primeira fase, e dada a brevidade de tempo, optou a Comissão por abordar 04 temas prioritários:

- a) o inquérito policial;
- b) a ação penal;
- c) o procedimento do Júri;
- d) os recursos.

6. Livro I – “Do Processo em Geral” - Título II – “Da Investigação Penal”

⁶ Damásio Evangelista de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, págs. 94/100, Editora Saraiva, 1995.

O ponto mais relevante das propostas apresentadas residiu, não há negar, na parte relacionada com o inquérito policial. Foi o tema que, por maior tempo, ocupou o Colegiado, uma vez que profundas modificações se impunham, tendo em conta que o Código de 40 estava profundamente defasado em relação à Lei Magna de 1988, pois muitos dos seus dispositivos não se viram recepcionados pela atual Constituição Federal.

Alinhamos, a seguir, os pontos *básicos* que nortearam a Comissão ao examinar a persecução criminal na fase pré-processual:

a) O Título II do Livro I passará a ter a redação mais ampla de “Investigação Penal”. Na verdade, o inquérito policial nada mais é que a espécie - ordinária, sem dúvida – de apuração das infrações penais e da respectiva autoria. Não se pode, porém, tomar a nuvem por Juno, conferindo ao Título II uma designação incompleta e tecnicamente imperfeita. Aliás, a própria redação atual mostra-se inadequada, pois o artigo 4º, parágrafo único, do CPP bem demonstra que outras autoridades, além da policial, podem investigar infrações penais. Portanto, o inquérito policial nada mais é que uma peça de informação ordinária das infrações penais. Ele é mera espécie do gênero investigação penal.

Para pôr cobro, de uma vez por todas, às reações corporativistas, fez-se assinalar que “O Ministério Público poderá investigar *diretamente* a infração penal”. Com efeito, conferiu-se ao Ministério Público, expressamente, o poder de investigar a infração penal, de *forma direta*, quando, por fás ou por nefas, se der conta ser oportuna ou mesmo necessária a providência. É ato discricionário do órgão de atuação do Ministério Público, diante do caso concreto, verificar se deve ou não usar da faculdade em questão. A providência nada tem de nova, já que a doutrina que se ocupou da matéria⁷, *una voce*, entende cabível a investigação direta, apesar das posições insuladas em contrário, meramente corporativistas ou decorrentes de superficial meditação sobre o tema.

b) Outro aspecto importante das propostas, na fase de Investigação Penal, consistiu em resguardar, ao máximo, a *imparcialidade do juiz*, retirando-lhe qualquer atividade persecutória na fase inquisitiva. As chamadas funções judiciais anômalas foram, de todo, afastadas.

Dessa maneira, não mais incumbe ao juiz requisitar a abertura de inquérito policial, como atualmente ocorre (art. 5º, II), nem requisitar diligências probatórias para instruir a investigação penal (art. 13, II). Faz-se aqui breve alusão a estes dois dispositivos do CPP apenas a título exemplificativo, deixando ao eventual leitor, até mesmo por

⁷ Refiram-se, entre outros, os nomes de: Afranio da Silva Jardim, Aloisio Firmo G. da Silva, Damásio Evangelista de Jesus, Fernando da Costa Tourinho Filho, Helcio Alves de Assumpção, Helio Bicudo, Helio Tornaghi, Hugo Nigro Mazzilli, José Frederico Marques, Júlio Fabbrini Mirabete, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Marcellus Polastri Lima, Maria Emilia M. de Araujo, Nelson Néri Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Paulo Fernando Corrêa, Sergio Demoro Hamilton e Vicente Greco Filho, apud “A Amplitude das Atribuições do Ministério Público na Investigação Penal”, Sergio Demoro Hamilton, in “Ensaio Jurídicos”, vol. 05, págs. 78/102, 1998.

metonímia, concluir a respeito das demais regras do Código em vigor que foram, nesse sentido, modificadas. Nesta linha, por exemplo, as alterações sugeridas aos artigos 5º, II, proêmio, 10, §§ 1º e 3º, 13, II, primeira parte, 16, 26, 39 e 40 do Código em vigor.

c) Ponto relevantíssimo da reforma proposta é o que se ocupa do art. 10. Ali, como consequência lógica e ontológica do *sistema* adotado, restou estabelecido que a investigação penal será remetida *diretamente* ao promotor de justiça revestido de atribuição (art. 10, § 1º), incumbindo-lhe, igualmente, fixar o prazo para a realização das diligências que entender cabíveis no caso concreto.

O atual art. 10, como sabido, não foi recepcionado pela Constituição Federal, comprometendo, tal como está redigido, seriamente a imparcialidade do juiz, além de interferir em atividade persecutória que não lhe compete, mas sim, ao Ministério Público (art. 129, I, VI, VII e VIII da CRFB/88).

d) Outra observação que se impõe assinalar reside no fato de que desaparece da lei o *nomem iuris* “indiciado”, que, na proposta, passará a ser designado como investigado. Trata-se de decorrência lógica da nomenclatura que o Título II do Livro I recebeu na proposta apresentada (“Da Investigação Penal”).

e) No caso de devolução do inquérito policial, conferiu-se ao ofendido ou seu representante legal, no caso de considerar infundados os motivos invocados para a volta dos autos, requerer, *fundamentadamente*, ao Procurador-Geral o reexame do inquérito ou das peças de informação, podendo a Chefia do *Parquet*, desde logo, oferecer denúncia, delegar a outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou, simplesmente, determinar a devolução do inquérito para prosseguimento das diligências. Trata-se de uma forma salutar de *controle externo* da atuação do Ministério Público por parte daquela pessoa diretamente interessada na apuração dos fatos.

f) Seguindo a diretriz traçada pela Súmula 524 do STF, obrigou-se que o desarquivamento se faça *sempre* por ato do Procurador-Geral, mediante pronunciamento *fundamentado* desde que de novas provas tenha notícia.

Estas, sem dúvida, as principais propostas apresentadas pela Comissão no objetivo de melhorar a disciplina legislativa do inquérito policial.

Não se enumerou, aqui, uma série de outras medidas tomadas no sentido de aperfeiçoar o texto legal atual, sem dúvida repleto de imperfeições técnicas. Registrou-se, tão-somente, a reforma estrutural pretendida pela Comissão.

7. Livro I - “Do Processo Em Geral” - Título III - “Da Ação Penal”

a) No campo da ação penal corrigiu-se a infeliz redação atual do art. 28 do CPP. Embora o juiz continue a exercer o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal (o que não deixa de ser uma modalidade sadia de controle externo da atividade do Ministério Público), exigiu-se que, quando discordar do arquivamento, o faça mediante

despacho *fundamentado*. Aliás, por força da Constituição Federal, todas as manifestações jurisdicionais devem ser fundamentadas (art. 93, IX). É certo que a fundamentação em questão se dará *cum grano salis*, de maneira a não comprometer a imparcialidade do julgador, que, de outra forma, ficaria impedido de julgar o feito. Porém, necessário se faz um mínimo de fundamentação, adotando, o juiz, em sua manifestação, os limites que cercam, atualmente, a decisão processual de pronúncia.

Mantido o arquivamento pelo Procurador-Geral este se limitaria a remeter os autos ao juízo de origem. É absurda a redação adotada, atualmente, pelo art. 28 do CPP, quando, em sua parte final, assinala que o Procurador-Geral poderá insistir no “pedido (*sic*) de arquivamento ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”. Ora, se o juiz está obrigado a atender, não se trata de pedido. Pede-se aquilo que pode ou não ser deferido. Na verdade, o Procurador-Geral determina o arquivamento, remetendo de volta os autos ao juízo de origem onde o inquérito policial ficará arquivado.

Outra emenda que o aludido dispositivo sofre na proposta apresentada consiste na mudança do verbo designar pelo verbo delegar. Tal se dá, como sabido, nos casos em que o Procurador-Geral, ao invés de oferecer denúncia, remete a providência a outro órgão do Ministério Público para fazê-lo. A hipótese é de delegação e não de designação. Esta violaria o princípio do promotor legal, ao passo que a delegação, como ensina a melhor doutrina, é instituto que deriva “de poder hierárquico” e “não comporta recusa pelo membro indicado sob a alegação de respeito a sua independência funcional”⁸.

b) Procurou-se, da mesma forma, conferir melhor redação ao atual art. 41 do CPP, dando-lhe um tratamento assemelhado ao contido no art., 282 do CPC, quando cogita da petição inicial. Ora, a denúncia e a queixa, no processo penal, nada mais são que a petição inicial instauradora da instância penal. O mencionado art. 41 do CPP trata da inicial de acusação com rara pobreza. Na redação sugerida, a denúncia ou a queixa conterá:

- I – o juiz ou tribunal a que é dirigida;
- II – a qualificação do réu ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo;
- III – o fato imputado ao réu com todas as suas circunstâncias;
- IV – a classificação da infração penal;
- V – o requerimento de citação do réu;
- VI – o pedido de condenação ou de pronúncia;
- VII – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos;
- VIII – local e data da denúncia ou queixa;

⁸ José dos Santos Carvalho Filho, parecer publicado na “Revista do Ministério Público”, nº 01 (terceira fase) – RJ, págs. 238/241.

IX – assinatura e identificação do órgão do Ministério Público dotado de atribuição ou do advogado.

c) Incluiu-se, ainda, uma quarta causa de rejeição da exordial de acusação. Dessa maneira, o atual art. 43 do CPP passaria a contar com um quarto inciso assim redigido:

IV – quando não estiverem presentes os requisitos do art. 41.

Prevê-se, assim, a possibilidade da rejeição da petição inicial inepta.

Em conseqüência, o atual parágrafo único do art. 43 do CPP contaria com um acréscimo final, não ficando obstado o exercício da ação penal desde que satisfeitos “os requisitos do art. 41”.

d) Conferiu-se, expressamente, ao Ministério Público a possibilidade de “em qualquer caso” requisitar também de “particulares” os elementos de convicção de que carece para bem atuar, ampliando, assim, os termos constantes do art. 47 do Código em vigor.

Aliás, o dispositivo em questão foi acrescido de dois parágrafos. O primeiro autorizando o órgão do Ministério Público a faculdade de requisitar do Banco Central do Brasil ou de qualquer instituição bancária ou financeira, pública ou privada, as informações e documentos relativos a movimentações bancárias e financeiras de qualquer espécie, de pessoas naturais ou jurídicas. O segundo estende o exercício daquela faculdade, no que se refere ao sigilo fiscal, às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal.

Em qualquer caso, a requisição do Ministério Público terá que se dar mediante manifestação fundamentada.

Objetivou-se, com a providência, dotar o Ministério Público de meios eficientes para o combate ao chamado “crime organizado”. O Código em vigor não faz distinção prática e efetiva entre a investigação criminal que pode merecer um caso envolvendo um ladrão de galinhas (se é que eles ainda existem!) e a complexa persecução criminal que as grandes fraudes exigem. Para esta torna-se imperativo que o Ministério Público se veja dotado de recursos eficientes, rápidos e concretos, sob pena de ver fracassar a sua atividade persecutória penal. Por que privilegiar a *white-collar criminality*, como, ingenuamente, propicia a lei atual?

Por tal razão, em nossa proposta, foram acrescidos dois parágrafos ao art. 47 do CPP no objetivo de conferir ao Ministério Público, tanto na esfera estadual como na federal, a possibilidade de proceder, *diretamente*, à quebra dos sigilos bancário e fiscal, pondo fim às divergências jurisprudenciais sobre o assunto. A proposta parte da previsão constitucional contida no art. 129, VIII e confere à matéria disciplina consentânea com o

que já prevêem a LC 75/93, art. 8º, II e IV e § 2º; Lei nº 8.625/93, art. 26, I, “b” e § 2º e art. 80; Lei nº 8.069/90, art. 201, VI; Lei 4.595/64, art. 38 e Lei nº 7.492/86, art. 29.

8. Nas propostas envolvendo a reformulação substancial do inquérito policial bem com as diversas alterações sugeridas em relação à ação penal, a Comissão teve o cuidado de, na medida do possível, não alterar a numeração dos artigos do Código em vigor com a qual todos os que militam na área jurídica já se encontram familiarizados.

Cogitou, também, de promover as chamadas alterações reflexas, isto é, dispositivos que em virtude das modificações levadas a efeito naquelas matérias, fatalmente, teriam que ter seus textos adaptados ao novo regime. É o caso dos arts. 75, 127, 149, 211, 241, 289 e 311 do CPP e art. 2º da Lei nº 7.960, de 21/12/89.

Convém registrar, ainda, como medida de inteira justiça, que embora toda a Comissão tenha participado do debate e da definição legal dos diversos temas, coube aos jovens Promotores de Justiça, Dr. *Alexandre Viana Schott* e Dr. *Rogério Pacheco Alves*, não só a redação final dos textos relativos ao inquérito policial como daqueles relacionados com a ação penal, na qualidade de relatores das duas matérias.

9. Livro II – Título I – Capítulo II – “Dos Processos dos Crimes da Competência do Júri”

Quando a Comissão elegeu o procedimento do Júri para ofertar sugestões, tinha em mira simplificar o arcaico rito do processo dos crimes dolosos contra a vida buscando queimar etapas no sentido de abreviar sua extensão e tornar mais despojadas suas fórmulas absurdas e destituídas de sentido.

Não se deu conta, porém, da amplitude da matéria e da urgência com que passou a ser exigida na conclusão dos trabalhos.

Da mesma forma, não se apercebeu que uma simplificação no procedimento do Júri importaria na modificação numérica de todos os artigos do CPP que a ele se seguissem, além de atingir, por via reflexa, o capítulo das nulidades e dos recursos em diversos dispositivos.

Ora, à toda evidência, este não é o propósito de uma reforma setorial do Código. Nela não se pretende um novo CPP, mas apenas aperfeiçoá-lo.

Dessa maneira, a Comissão optou por abordar, apenas, os pontos essenciais daquele procedimento que estão a merecer corrigenda, deixando de lado o tratamento pormenorizado que as demais matérias versadas mereceram por parte da Comissão.

Vão, aqui, enumeradas as sugestões básicas apresentadas pelos Relatores da matéria, o Procurador de Justiça Dr. *José Muiños Piñeiro Filho* e o Promotor de Justiça, Dr. *Afranio Silva Jardim*:

a) ficam extirpadas do nosso ordenamento processual as decisões processuais de pronúncia e impronúncia e a sentença de absolvição sumária.

A providência tem por fim abreviar o procedimento, evitando, além do mais, recursos protelatórios. Some-se a tudo isso o fato de que é comum, quando do posterior julgamento pelo Júri, sofram os jurados influência do julgamento técnico levado a efeito quando do exame dos recursos, o que, sem dúvida, não é aconselhável quando se pretende obter um veredicto popular ou leigo.

Outra contribuição importantíssima para a celeridade e a moralização do processo seria a de tornar desnecessária a intimação pessoal do acusado em razão da extinção da decisão de pronúncia;

b) o fim da pronúncia torna, por via de conseqüência, despiciendo o libelo, peça processual geradora de incontáveis nulidades;

c) propõe-se, assim, a revogação integral dos arts. 408 a 422 do CPP, optando-se, após a conclusão da prova oral instrutória (art. 406), pela vista dos autos às partes para que requeiram diligências e arrolem as testemunhas que entendam necessárias para o julgamento em plenário. Saneado o processo, ao depois, o juiz do feito determinará a sua inclusão em pauta de julgamento;

d) os quesitos terão por base a denúncia (ou a queixa), obedecendo aos seguintes critérios:

I – o primeiro quesito versará, obrigatoriamente, sobre a existência do fato;

II – o segundo sobre a autoria ou participação (art. 29 e parágrafos do CP);

III – o terceiro indagará de maneira objetiva, se o réu é *culpado* ou *inocente*, de maneira que se possa saber, desde logo, a decisão dos jurados, optando pela condenação ou pela absolvição, com os eventuais desdobramentos daí decorrentes;

e) limita-se o ingresso do assistente do Ministério Público até o saneamento do feito para o julgamento pelo júri. A providência tem por fim evitar, como é comum em casos de grande repercussão, que advogados de nomeada ingressem nos autos às vésperas do julgamento, não dispondo de tempo para o estudo dos autos, acabando

por prejudicar a acusação imparcial, serena e fundamentada na prova do processo por parte do Ministério Público;

f) limitou-se, da mesma forma, o tempo destinado à fala da assistência ao Ministério Público, não podendo exceder de um quarto (1/4) do tempo assegurado ao *Parquet*, à semelhança do que já ocorre no procedimento previsto na Lei Federal nº 8.038/90 (art. 12, I);

g) colocação polêmica, sem dúvida, foi a posição assumida pela Comissão ao propor a ampliação do número de jurados, embora mantida a quantidade ímpar, tendo em vista que se propõe, no geral, a simplificação do procedimento;

h) da mesma forma discutível, não há negar, foi a proposta de ampliar o tempo destinado à sustentação oral das partes em plenário, inclusive no que se refere à réplica e à tréplica, tendo em conta o objetivo básico da Comissão que era o de tornar mais célere o delongado rito do júri;

i) de bom alvitre a proposta visando a exigência de que a juntada de documentos e outros instrumentos ou peças de valor probatório para uso durante o julgamento ocorra, até, pelo menos, quinze dias antes da data marcada para o julgamento. O prazo atual é, por demais, exíguo para o exame das partes.

10. Livro III – Título II – Capítulo I – “Dos Recursos em Geral” – “Disposições Gerais”

Tocou-me relatar a parte relacionada com os recursos. Para tanto, vali-me, em grande parte, de artigos e trabalhos doutrinários diversos onde já estudara, com mais vagar e minúcia, a matéria objeto das diversas sugestões.

Ao examinar as “Disposições Gerais” (Título II – Capítulo I), pareceu-me de bom aviso a inclusão de mais dois parágrafos no art. 577 do CPP.

a) *O parágrafo segundo ganharia, assim, a seguinte redação:*

“O Ministério Público dispõe de interesse para recorrer, ainda que para beneficiar o réu”.

O acréscimo viria ao encontro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (cf. RECrIm. 86.088, DJU, 12/02/77, p. 9.037; RECrIm. 91.836, DJU, 12/12/80, p. 10.582, RT 547/441 e 442)⁹.

Se a jurisprudência do STF encontra-se pacificada no assunto, o mesmo não pode ser dito do entendimento do nosso Tribunal de Justiça (RJ), que não faz distinção

⁹ Referências aos julgados do STF, *apud*, Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, págs. 395 e 411, Saraiva, 1996.

entre sucumbência e interesse para recorrer, sustentando que, se o Ministério Público não sucumbiu, incabível será o seu recurso em prol do réu.

Assinale-se, por oportuno, que o recurso, em tal caso, não se direciona para a beneficiar o imputado, tendo por fim, tão somente, a correta aplicação da lei, objetivo maior que a Instituição do Ministério Público tem em mira resguardar.

Por fim, a CRFB de 1988 conferiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica (art. 127) e dos direitos individuais indisponíveis (art. 127) bem como estabeleceu entre as suas funções institucionais a de zelar pelos direitos assegurados naquela Constituição (art. 128, II).

É de se indagar: haverá, após a vida, direito indisponível de maior relevância que a liberdade?

Portanto, o acréscimo proposto nada mais faz que adaptar o Código às exigências do moderno perfil traçado para o Ministério Público na atual Carta Magna.

b) *O segundo parágrafo acrescido, que passaria a ser o terceiro do atual art. 577 do CPP, encontra-se, assim, enunciado:*

§ 3º - O recurso interposto pelo defensor independe da concordância do réu.

O acréscimo proposto viria pôr termo à discussão doutrinária e à divergência jurisprudencial que a matéria proporciona, quando a defesa técnica apela contra a vontade do réu.

O recurso em nada prejudicaria o réu, dada a vedação da *reformatio in pejus* expressamente prevista no art. 617, *in fine*, do CPP.

Por que impedi-lo se, em última análise, só benefícios pode trazer para o acusado?

Escapa, por completo, aos objetivos do presente resumo das propostas da Comissão examinar *ex-professo* a matéria em exame. Para melhor consulta do *thema* veja-se o trabalho doutrinário intitulado: “O apelo contra a vontade do réu”¹⁰.

c) *Livro III – Título II – Capítulo III – “Da Apelação”*

A inovação proposta consistiu em fazer crescer ao art. 600 do CPP um parágrafo que seria o 5º, com a seguinte redação:

¹⁰ Sergio Demoro Hamilton, “Doutrina”, vol. 02, págs. 220/227, Rio de Janeiro, 1996.

“art. 600 – *omissis*”

§ 5º - Na hipótese prevista no parágrafo anterior, caberá à Promotoria de Justiça junto ao juízo de origem contra-arrazoar, segundo a espécie, a apelação criminal, em processo de ação pública, após o que os autos serão remetidos à Procuradoria de Justiça com atribuição junto ao órgão colegiado do Tribunal para o fim de emitir parecer”.

Com a previsão legal estaria encerrada a divergência jurisprudencial sobre o tema, uma vez que, na doutrina¹¹, ressalvada a posição respeitável do Professor Afranio Silva Jardim, o assunto parece não mais ensejar disputa: o Promotor de Justiça, na hipótese, oferece contra-razões, incumbindo ao Procurador de Justiça ofertar parecer.

d) *Livro III – Título II – Capítulo IV – “Do Protesto por Novo Júri”*

A Comissão propôs a ab-rogação do Capítulo IV, abrangendo os art. 607 e 608 do CPP, ou seja, a supressão do “Protesto por Novo Júri”.

Trata-se de esdrúxula peculiaridade do processo penal brasileiro, encontrando sua origem no Código de Processo Criminal do Império de 1832 (art. 302). Na verdade, situa-se como um recurso de juízo *a quo* para juízo *a quo*, de Júri para Júri, com a única particularidade – por sinal óbvia! – de que, quando do novo julgamento, não sirvam os mesmos jurados que atuaram no primeiro (art. 607, § 3º).

A origem histórica do Protesto, como ficou assinalado, provém do Império, dos tempos das penas de morte e galés perpétuas, únicas que, por sua gravidade extrema, podiam justificar a sua existência entre nós.

Nem mesmo Magarino Torres¹², apaixonado defensor do Júri, admitia sua utilidade, taxando-o de “supérfluo” e “inconveniente”.

Em recente trabalho doutrinário a propósito do assunto restou assinalado ser o Protesto um recurso “absurdo” e “demagógico” para poder sobreviver nos tempos atuais¹³.

Como se resolveria, então, a questão da pena indevida em razão de erro ou injustiça?

O remédio adequado encontra-se na própria lei processual penal, ao alvitar no art. 593, inciso III, letra, “c”, o apelo formulado contra a sentença que contiver “erro

¹¹ Refiram-se, entre outros: *Adolpho Lerner, Edgard Magalhães Noronha, Fernando da Costa Tourinho Filho, Geraldo Batista de Siqueira, Hugo Nigro Mazzilli, Luiz Fernando de Freitas Santos, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sergio de Andréa Ferreira e Sergio Demoro Hamilton, apud* “Breves Anotações sobre o art. 600, § 4º do Código de Processo Penal”, do último dos autores citados, in “Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”, nº 24, 1995, págs. 11/19.

¹² Magarino Torres, *Processo Penal do Júri*, pág. 538, 1939.

¹³ Sergio Demoro Hamilton, “A Vassalagem ao Direito de Defesa”, in “Doutrina”, vol. 04, págs. 123/124, 1997.

ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança”. Em tal caso, confere a lei ao Tribunal o poder de retificar a aplicação da pena ou da medida de segurança (art. 593, § 2º do CPP).

e) *Livro III – Título II – Capítulo V – “Do processo e do julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações nos Tribunais de Apelação”*

Proposta: sugere-se a seguinte redação para o art. 609, parágrafo único do Código de Processo Penal:

“Art. 609 – *omissis*

Parágrafo único – Quando não for unânime a decisão de segunda instância, o Ministério Público ou o réu poderá interpor embargos infringentes e de nulidade, que serão apostos no prazo de dez dias, na forma do art. 613, do Código de Processo Penal. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência”.

A sugestão da Comissão tem por fim corrigir a distorção da lei atual, ensejando a *ambas* as partes a interposição de embargos, sejam eles infringentes sejam eles de nulidade. Na atualidade, como sabido, o voto vencido, dissidente da maioria, terá que ser favorável ao réu.

Já ficou registrado a propósito do *thema*:

(*omissis*)... “não vejo em que a estabilidade das relações jurídicas e a paz social estariam comprometidas caso se tornasse o recurso extensivo à acusação, dando-se *exclusividade* ao Ministério Público para interpô-lo, para evitar a alicantina e o propósito inconfessável no uso da manifestação recursal. Nesse passo, o Código de Processo Penal Militar, de elaboração mais recente, em seu art. 538, com iniludível acerto, admite os embargos de nulidade e infringentes do julgado contra a decisão final do Superior Tribunal Militar não unânime, pouco importando seja ela favorável ou desfavorável ao réu.”¹⁴

Na verdade, na situação atual, em homenagem ao princípio do *favor rei*, põe-se de lado o princípio da igualdade das partes, lesando, seriamente, o interesse social e o bem comum.

¹⁴ Sergio Demoro Hamilton, “A Vassalagem ao Direito de Defesa”, in “Doutrina”, vol. 04, pág. 126, 1997.

Tourinho, com a autoridade do seu magistério, salienta que “melhor seria fosse tal recurso extensivo, também, à acusação”¹⁵.

A Comissão teve o cuidado de afastar a legitimidade recursal do assistente do Ministério Público, evitando-se, com tal procedimento, que os embargos possam ser usados com propósito menos elevado (vingança ou interesses patrimoniais, por exemplo), perturbando a justa apuração da responsabilidade penal. No que respeita ao dano civil, o ofendido (assistente ou não) já dispõe da ação civil (arts. 63 a 68 do CPP) e do apelo cogitado no art. 598 do CPP, sem falar nas medidas assecuratórias aludidas nos arts. 125 a 144 do CPP. Não há razão para ampliar o rol da sua presença no processo penal.

Por ocasião da proposta, buscou-se aperfeiçoar o enunciado do Capítulo V, onde se faz alusão aos “Tribunais de Apelação”, de maneira a ajustá-lo ao modelo constitucional vigente (art. 125, § 1º). Corrige-se, destarte, a expressão, que passaria a exibir o título de “Tribunais de Justiça”.

Aliás, não se deve deslembrar que os embargos são oponíveis também perante a Justiça Federal Comum. Portanto, eles se dão também perante os Tribunais Regionais Federais e, onde houver, nos Tribunais de Alçada.

f) Livro III – Título II – Capítulo VI – “Dos Embargos”

Em relação aos embargos de declaração a Comissão houve por bem manter os seus termos, apenas alterando o prazo para a sua interposição para 05 (cinco) dias, buscando encontrar conformidade com o tratamento que a matéria mereceu no Código de Processo Civil (art. 536).

Por via de conseqüência, o prazo a que alude o art. 382 do CPP (Livro I – Título XII) também passaria a ser de 05 dias, já que, substancialmente, a matéria tratada nos dois dispositivos da lei processual penal (arts. 382 e 619) é a mesma, muito embora o art. 382 do CPP, tratado no Título XII (“Da Sentença”), não use a expressão “embargos de declaração” ao contrário do que ocorre com o art. 620 da lei processual penal básica.

g) Livro III – Título II – Capítulo VII – “Da Revisão”

Nesse campo, duas propostas foram apresentadas pela Comissão. A primeira objetivando a *defesa social*; a segunda buscando a decisão *justa* favorável ao réu.

Resta examiná-las:

¹⁵ *Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal*, vol. 04, pág. 429, “Saraiva”, 1997.

I – *Admissão da revisão criminal pro societate, quando a absolvição se der com fundamento em prova falsa.*

Em casos excepcionais dever-se-ia admitir a revisão criminal *pro societate*, vedada, atualmente, pelo nosso direito positivo (art. 621 do CPP).

A revisão da sentença absolutória ocorreria, tão-somente, quando, de *forma inequívoca*, ela estivesse baseada em *prova falsa*, dando-se legitimidade *somente* ao Ministério Público para a ação revisional em tal caso. A limitação, como de fácil observação, tem por finalidade evitar que a providência pudesse ser ajuizada com finalidade subalterna (vingança, extorsão, interesse de ressarcimento, *etc.*), pondo em risco a segurança jurídica e o *status libertatis* do réu absolvido, mediante decisão trânsita, sem sólida justificativa.

Com efeito, é regra moral – antes de ser jurídica! – de que a ninguém é lícito valer-se da própria torpeza para dela obter vantagem, seja ela qual for.

Aliás, não são poucas as legislações que admitem a revisão criminal *pro republica*, com maior ou menor amplitude¹⁶.

Dessa maneira, o art. 621, inciso II, passaria a ter a seguinte redação:

“Art. 621 – (*omissis*)

II – quando a sentença, *absolutória* ou condenatória, se fundar em *prova falsa*”.

II – *A Segunda proposta em matéria revisional teve por fim conferir ao Ministério Público legitimidade para postular a revisão criminal pro reo. Na essência da providência, a revisão não se daria em favor do réu mas sim com o fito de assegurar uma sentença justa.*

Voltar-se-ia, dessa maneira, a conferir legitimidade ao Ministério Público para requerer a chamada revisão criminal *pro reo*, que, repita-se, não está voltada no sentido de beneficiar o réu, defendendo interesse particular seu. Não! A providência se voltaria para a exata aplicação da lei, pois o Estado não pode quedar-se inerte diante de uma condenação injusta.

Repugna ao bom senso que o Ministério Público possa impetrar *habeas corpus* (art. 654 do CPP), bem como que lhe seja facultado apelar em benefício do imputado e não possa, do mesmo passo, propor ação revisional em prol do réu, tendo em conta que à Instituição, reafirme-se até a exaustão, só interessa obter uma decisão justa.

¹⁶ Sergio Demoro Hamilton, “A Vassalagem ao Direito de Defesa”, in “Doutrina”, págs. 124/126, Rio, 1997.

É função do Estado atuar no sentido de proclamar a injustiça de uma condenação e, se assim é, inexistente instituição mais legitimada para tal missão que o próprio Ministério Público (arts. 127 e 129, II e IX da CRFB).

Assinalou-se acima que não seria novidade entre nós a atuação do Ministério Público nesse campo. Com efeito, as Constituições de 1891 (art. 78, § 1º) e 1934 ensejavam ao *Parquet* a providência revisional.

Da mesma forma, o antigo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal legitimava o Procurador-Geral da República para propor a rescisória criminal (art. 247).

Portanto, houve um retrocedimento em nossa legislação ao tolher-se ao *Parquet* a ação revisional, atividade, sem dúvida, perfeitamente identificada com a própria natureza da Instituição.

No campo da legislação alienígena podem ser citados, na atualidade, o *Codice di Procedura Penale* (art. 632, I, “b”), na Itália, e o Código de Processo Penal Português (art. 450, inciso I, letra “a”), aqui referidos sem preocupação exaustiva, que proporcionam ao Ministério Público legitimidade para a revisão criminal. Vale o registro que o diploma processual luso confere ao *Parquet* uma amplitude postulatória de grandes proporções, pois o pedido de revisão pode ser apresentado contra quaisquer decisões, sejam elas condenatórias, sejam elas absolutórias ou, até mesmo, contra a decisão de impronúncia¹⁷.

A revisão, tal como apresentada pela Comissão, terá por finalidade alterar a classificação da infração penal, absolver o réu, atenuar a pena ou, ainda, uma providência meramente processual, qual seja a de declaração de nulidade do processo revidendo.

¹⁷ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 04, págs. 585/586, “Saraiva”, 1997.

Visão crítica das modificações na legislação processual penal brasileira – a “prova” (I)¹

Sergio Demoro Hamilton

“O futuro é uma Justiça de faz-de-conta.”²

1. A chamada “reforma pontual” do Código de Processo Penal prossegue a todo vapor. Agora, tomo conhecimento de três novas leis, abrangendo o procedimento do Júri, as provas e os ritos em geral. Como tantas vezes já escrevi, não sou um entusiasta de tais remendos que, aos poucos, transformaram o precário e envelhecido Código numa colcha de retalhos.

A razão invocada para tais modificações é sempre a mesma: tornar mais célere o procedimento. Outra há, não confessada, velada mesmo, mas que surge revestida de clareza solar: deixar a sociedade indefesa, ao enfraquecer, cada vez mais, o Ministério Público. A violência e o “crime organizado”, enquanto tal estado de coisas perdurar, agradecem penhorados. Quem viver, verá.

E o mais grave de tudo é que, se o objetivo declarado do legislador foi o de tornar o processo mais célere, não resta dúvida de que, com as novas leis, a emenda saiu pior que o soneto. Quando do exame dos procedimentos terei a ocasião de examinar os novos ritos, procurando demonstrar o desacerto das reformas.

É certo que há pontos positivos nas três leis que teremos a oportunidade de apreciar e que serão enaltecidos na medida em que o estudo vier a ser desenvolvido. É de ver, no entanto, que eles pouco representam no conjunto.

2. Por ora, vamos nos ater às modificações relativas à prova, consubstanciadas na Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. As outras alterações ficam para posterior momento, merecendo, cada uma delas, estudo específico, quando da abordagem do Júri e dos procedimentos, que pretendemos empreender. Ao exame, pois, do novo texto legal.

3. O sistema do livre convencimento, agora regulado no art. 155, reitera o preceito constitucional do art. 5º, LV, vedando ao juiz fundamentar sua decisão *exclusivamente* em elementos informativos colhidos no decorrer da investigação preliminar, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. A jurisprudência, em obediência ao

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 33, p. 91-105, jul./set. 2009.

² Declaração do Juiz de Direito Fausto Martin de Sanctis, em entrevista concedida ao jornal *O Globo*, 2ª edição do dia 20 de julho de 2008, p. 29 (Seção de Economia).

Texto Magno, já consagrara tal entendimento, agora reafirmado, expressamente, na lei processual. É bom notar que, antes mesmo da nova lei, todas aquelas matérias, ditas irrepetíveis, podiam vir a ser, pelo menos, discutidas, na fase processual, ensejando-se ao juiz mandar suprir, complementar ou esclarecer o laudo (art. 181 do CPP).

4. Na parte concernente ao ônus da prova (art. 156), permite-se ao juiz, em flagrante violação ao sistema acusatório (art. 129, I da CF), atuar de *ofício*, determinando, *mesmo antes de iniciada a ação penal*, a produção antecipada de provas desde que as considere urgentes e relevantes (art. 156, I). É, sem dúvida, uma indevida intromissão do juiz na fase de investigação, desde que ultrapasse os exatos limites traçados pela lei. Uma observação: na fase pré-processual não há falar em provas, na sua acepção técnica, mas em mera colheita de dados que possa ensejar a formulação da acusação. Assim mesmo, nesta fase, numa leitura do texto à luz da Constituição Federal, não se deveria admitir a atuação de *ofício* do juiz na fase do inquérito, aguardando-se sempre a iniciativa do Ministério Público.

A intervenção do juiz, na fase pré-processual, só se justificaria de *ofício* para inibir a prática de atos manifestamente ilegais (art. 5º, XXXV da CF).

5. Uma inovação do Código vem inscrita no art. 157 que estabeleceu o desentranhamento do processo das provas ilícitas, assim entendidas aquelas que importem em violação de normas constitucionais ou legais. A lei nova veio ao encontro da Constituição Federal que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

Proíbe, também, a chamada prova ilícita por derivação (art. 157, parágrafo primeiro), matéria introduzida em nossa legislação através de influência do direito norte-americano. Trata-se de elaboração cunhada pela Suprema Corte Americana, conhecida como a doutrina do “*Fruit of poisonous tree*” (fruto da árvore venenosa) pela qual o veneno da árvore acaba por contaminar seus frutos. Segundo tal entendimento, muito embora a prova colhida no processo seja lícita, ela deriva de outra obtida por meio ilícito. A nova lei nada mais fez do que registrar o pensamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em mais de um julgado³.

Quando ainda no plano doutrinário e jurisprudencial, tive a ocasião de tecer críticas severas a tal jurisprudência, salientando que aquelas decisões, ainda que movidas pelas mais elevadas intenções de respeito à Constituição, contribuem para o afrouxamento ético dos nossos costumes, conduzindo, cada vez mais, para a impunidade geral. Advogava, então, a adoção da teoria da proporcionalidade⁴. Agora, no entanto, a matéria não comporta mais discussão, não se tratando mais de jurisprudência ou de tertúlia doutrinária, mas de disposição que passou a integrar o Código.

³ Veja-se a “Revista do Ministério Público – RJ – nº 11, 3ª Fase, jan.-jun. 2000”, p. 254, nota de rodapé nº 2.

⁴ Anote-se o meu trabalho “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito”, na “Revista do Ministério Público – RJ – nº 11, 3ª Fase, jan.-jun. 2000”, p. 253 e seguintes.

O legislador procurou mitigar o aproveitamento da prova ilícita por derivação, desde que não haja nexos de causalidade entre uma e outra ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente, isto é, aquela prova que, por si só, seja capaz de conduzir ao fato objeto da prova (art. 157, §§ 1º, segunda parte, e 2º). Aqui também a jurisprudência já consagrara tal compreensão da matéria, que veio a ser encampada pelo direito positivo.

Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente (art. 157, § 3º). Trata-se, por sinal, de decorrência lógica da invalidação da prova.

É interessante observar que o parágrafo quarto do art. 157, que acabou vetado em nome da celeridade, apresentava o seguinte enunciado: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”. Não resta dúvida que o dispositivo em questão era salutar e coerente com o sistema adotado. Porém, os transtornos que traria para a marcha do processo apresentavam-se consideráveis, ao obrigar o juiz que presidiu a instrução a ser substituído por outro que nada sabia sobre o caso. Aplicou-se aqui, observe-se bem, a teoria da proporcionalidade, ao sacrificar-se uma providência razoável em razão dos inconvenientes que causava. Não se pode negar, contudo, que o dispositivo vetado era mais coerente com o caminho traçado pelo legislador em matéria de prova ilícita.

6. Parece-me adequada a modificação sofrida em relação à prova pericial que, agora, passa a ser feita por um só perito, quando realizada por perito oficial, portador de diploma de curso superior (art. 159). Mas aqui termina o elogio.

Quando, no local, não houver perito oficial repete-se, no parágrafo primeiro, a atual redação da lei (art. 159). O texto já merecera críticas em estudo anterior que fiz a respeito da prova penal. Na ocasião dissera:

“Perícia é prova técnica a ser realizada por *expert* na matéria. Nisso, aliás, é que a prova técnica se distingue da prova oral. Toda pessoa pode ser testemunha (art. 202), porém, nem toda a pessoa pode atuar como perito. Em síntese: a perícia, *sempre*, terá que ser realizada por técnicos *especializados*”⁵.

Portanto, o uso da expressão “de preferência”, repetida agora no parágrafo primeiro do art. 159, merece censura. Prova técnica, por excelência, não pode ser elaborada por curiosos, mesmo que competentes em outro ramo do saber.

Aliás, retornando ao *caput* do art. 159, vê-se que ele contém pleonismo ao usar a expressão “exame de corpo de delito e outras perícias”, pois o primeiro nada mais é

⁵ Vide meu livro “Processo Penal – Reflexões”, p. 6, nº 6, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

que mera perícia⁶. São repetidos, aqui, os dizeres do Código de 41 que se revestia da mesma superfluidade.

Já o parágrafo terceiro do art. 159 faculta ao Ministério Público, ao assistente de acusação (*rectius*, do Ministério Público), ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico.

Penso que, numa reforma processual que tem por fim imprimir celeridade e simplicidade para o desfecho do processo, o aludido parágrafo contém pecado mortal e incide em flagrante contradição.

Em primeiro lugar por admitir a todos aqueles sujeitos processuais que enumera a faculdade de formulação de quesitos. Somente as partes e o juiz, sujeitos principais do processo, poderiam usar daquela prerrogativa, vedando-se ao assistente do Ministério Público (que não atua no processo com os mesmos objetivos do *Parquet*) e ao ofendido (quando não for parte) sua intervenção no processo com aquela finalidade.

Mas não é só; traz-se para o processo penal a figura do assistente técnico, própria do processo civil, onde, em regra, estão em jogo direitos e interesses disponíveis.

Quanta celeridade!

Quanta simplicidade!

Pelo que se lê do parágrafo quarto do art. 159, o assistente técnico só poderá atuar, uma vez admitido pelo juiz, após a conclusão do exame, quando a perícia for elaborada por perito oficial (a lei fala em “peritos oficiais”, mas, como vimos, com a nova lei, só haverá um perito oficial). A regra não se aplica aos “peritos não oficiais” (art. 159, § 4º).

Suponhamos, *ad argumentandum tantum*, que, em determinado caso, o assistente do *Parquet* e o acusado resolvam indicar assistente técnico. Caso tal venha a ocorrer teremos um gigantesco volume dedicado somente à prova pericial, valendo o registro de que, podemos ter mais de um assistente do Ministério Público, vários ofendidos (não habilitados como assistentes) e diversos acusados, todos eles indicando assistente técnico.

Quanta celeridade!

Quanta simplicidade!

Cumpra salientar que a hipótese acima formulada, tão somente para o fim de argumentação, nada tem de absurda, pois nos grandes escândalos financeiros, que pululam em nosso país, ela é, perfeitamente, plausível até mesmo com a finalidade única de tumultuar e eternizar o processo, retardando seu deslinde. Se observarmos que todos os réus “VIPS” responderão soltos ao processo (há alguma dúvida?) e o disposto na Súmula 146 do STF, chegaremos, com facilidade, à conclusão de que o futuro apresenta-se sombrio para a defesa da sociedade.

⁶ *Apud, op. cit.* em o nº 03 da nota de rodapé, pp. 3 e 4.

A fórmula antiga era muito superior: caso a perícia oficial não fosse satisfatória, a autoridade judiciária poderia mandar suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo, ordenando, inclusive, que se procedesse a novo exame, por outros peritos, caso julgasse necessário ou conveniente. Deixava-se ao juiz, assim, possibilidade de examinar a respeito da conveniência da nova perícia ou de, apenas, esclarecer ponto duvidoso do laudo, dando-se ao magistrado prudente discricção (art. 181 e seu parágrafo).

É caso dizer agora: a partir da nova lei os criminosos de colarinho branco agradecem, mais uma vez, a possibilidade de criar o maior tumulto no processo, que poderá ter dezenas de pareceres técnicos, dependendo da sua extensão. Refiro-me a tal modalidade de criminoso porque, normalmente, os pobres não se valerão de assistente técnico.

É preciso ter em conta que o confronto pretendido entre diversos laudos e pareceres (nos grandes crimes financeiros), longe de prestar esclarecimentos, só servem para confundir e só aproveitam aos criminosos ricos, que podem contratar técnicos de renome com a finalidade única de espolhar falhas no laudo oficial, garantindo-lhes a impunidade.

O trabalho da perícia oficial, em regra, apresentava-se de boa qualidade técnica não só pela qualificação dos peritos como por sua imparcialidade, restando, sempre, ao juiz a possibilidade de proceder na forma do art. 181 e seu parágrafo do CPP. A afirmação acima não se trata de mera alegação abstrata mas decorre da minha longa vivência como Promotor e Procurador de Justiça no Rio de Janeiro.

Somente quando a perícia for realizada por peritos não oficiais é que se exigirá a presença de duas pessoas idôneas portadora de diploma de curso superior, preferencialmente, dotados de habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Restam de pé as críticas acima feitas em relação à fórmula que, apenas, estabelece o caráter “preferencial” quanto à especialização, uma vez que esta será sempre necessária. Assim, por exemplo, um engenheiro não pode realizar uma necropsia.

A parte relativa às perícias em geral encontra encerramento com o parágrafo quinto do art. 159, que indica uma série de regras relativas às providências que os interessados poderão requerer no curso do processo judicial e que são decorrência lógica dos preceitos antes estabelecidos na própria lei.

São elas:

a) requerem a oitiva de peritos para o esclarecimento da prova ou ainda para responderem a quesitos, intimando-se os mesmos com antecedência mínima de 10 (dez dias), podendo as respostas integrarem um laudo complementar. A última providência é, sem sombra de dúvida, superior, pois o laudo requer a precisão técnica que o mero depoimento não pode conter.

Desde logo, impõe-se observar; volta a lei a usar o vocábulo peritos no plural, quando, na realidade, agora só haverá um perito oficial. Somente no caso de peritos não

oficiais é que atuarão dois técnicos (art. 159, parágrafo primeiro). Penso que as medidas alvitradas acima poderão ser efetivadas em ambos os casos;

b) outra anotação que se faz necessária é que tais providências somente poderão ser levadas a efeito durante a ação penal, pois o parágrafo quinto do art. 159 alude ao processo judicial e às partes. Nada impede que o juiz de ofício tome a iniciativa de todas aquelas medidas embora a lei somente faça alusão às partes. O sistema da livre convicção motivada e o princípio da verdade processual assim o exigem;

c) os assistentes técnicos também poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou serem inquiridos em audiência. Como de óbvia constatação, no caso dos processos envolvendo os grandes escândalos financeiros, os réus irão requerer toda a sorte de esclarecimentos através de pareceres (ou complementação dos laudos dos assistentes técnicos), gerando um tumulto incontrollável nos processos respectivos. Pergunta-se: e se o juiz, por sentir-se esclarecido, impedindo a alicantina, vier a indeferir, no todo ou em parte, algum daqueles atos? Sempre sobrar a oportunidade para o réu poderoso impetrar um *habeas corpus* alegando cerceamento de defesa e — quem sabe? — obter êxito, em fase do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF).

Começa, então, tudo de novo, com maiores esclarecimentos, outros depoimentos e quejandos.

Como era simples, objetivo e seguro o sistema anterior!

Retorno à minha fala inicial: se o objetivo da reforma foi o de imprimir celeridade aos processos, o tiro saiu pela culatra.

Observe-se, ainda, que os parágrafos 6º e 7º são decorrência do sistema adotado em matéria de perícias, valendo dar ênfase que me parece correta e até mesmo indispensável a adoção da exigência da especialização (parágrafo 7º) por parte do perito oficial e do eventual assistente técnico que atuar no caso em exame, desde que a matéria a ser apreciada venha a abranger mais de uma área de conhecimento. A regra é correta; o vício vem da origem do sistema adotado que veio a permitir a figura espúria do assistente técnico no processo penal.

Restará ao juiz, sempre e sempre, fazer uso da regra do art. 184 do CPP (não-derrogada), indeferindo a perícia que entender desnecessária ao esclarecimento dos fatos, vedando, *ipso facto*, a admissão do assistente técnico (art. 159, parágrafo 4º).

7. Passemos ao ofendido. No Código, em sua versão original, ele foi regulado em único artigo contendo um parágrafo (art. 201 do CPP). Agora, com a Lei 11.690/2008, ele viu-se enriquecido com seis parágrafos que lhe emprestaram melhor tratamento.

Foram tomadas diversas providências legais no sentido de dar maior proteção para a vítima. Dessa maneira, o parágrafo segundo determina que ela seja informada do ingresso e da saída do acusado da prisão. Sabe-se que, por força da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, já são estabelecidas normas para a organização e a manutenção de

programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas. O diploma legal em questão complementa aqueles cuidados cogitados no parágrafo em tela, subsistindo em toda a sua plenitude. São normas que se completam. O aludido parágrafo segundo, ora examinado, ganha extensão, em sua parte final, com os necessários atos de comunicação processual, que, a partir da nova lei, terão que ser fornecidos ao ofendido, mesmo que ele não se tenha habilitado como assistente (dia e hora da audiência, sentença e acórdãos). Sabe-se que, mesmo antes da Lei 11.690/2008, o ofendido podia apelar da sentença ainda que não atuasse como assistente (art. 598). Na atualidade, amplia-se a sua participação no processo, podendo qualquer ato de comunicação processual ser levado a efeito através do uso de meio eletrônico, desde que, para tanto, haja opção da vítima, ficando cópia nos autos do *e-mail* expedido, ou ainda de qualquer outra forma de aviso usada.

Providenciou a lei, com louvável cuidado, para que, antes do início da audiência e durante sua realização, seja reservado espaço separado para o ofendido (201, § 4º).

Haverá, não se pode negar, dificuldade prática na execução da providência tendo em conta as limitadas instalações das diversas varas criminais. Nem por isso a medida, tanto quanto possível, deverá ser negligenciada, adaptando-se os locais, dentro do possível, de molde a que a vítima fique protegida. Averbe-se que a regra do art. 217 do CPP, que afasta a presença direta do réu durante a instrução criminal, desde que por sua atitude possa ela prejudicar a verdade do depoimento da testemunha, agora foi estendida também ao ofendido, pois antes, absurdamente, só fazia referência à testemunha. A nova lei veio, com inteira propriedade, dar proteção à vítima, não se compreendendo a omissão anterior, embora, no meu entendimento, no regime anterior, por mera integração analógica, deveria encontrar aplicação também em relação ao ofendido⁷. Agora, no entanto, é lei.

Dá-se, ainda, a faculdade de o juiz, caso entenda necessário, encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, compreendendo, de modo especial, as áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado (art. 201, § 5º). Quanto à assistência jurídica, dispomos, no Rio de Janeiro, da Defensoria Pública, que, ordinariamente, presta assistência aos réus. Nada impede, no entretanto, que, em caso de colisão de interesses, atuem dois defensores públicos, um promovendo a defesa do acusado e outro postulando em favor da vítima. Quanto aos demais atendimentos, incumbirá ao juiz, conforme o caso e de acordo com as possibilidades do local, providenciar como de direito. Nada impede que o magistrado exija a prestação devida a expensas do ofensor, como autoriza a lei, diminuindo o ônus do Estado. Aliás, sempre que possível, o réu é que deverá arcar com as despesas de tais programas de assistência ao ofendido, desde que fique demonstrado que dispõe de meios

⁷ Consulte-se o meu livro *Processo Penal – Reflexões*, p. 11, nº 12, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, onde o assunto é tratado de forma mais detalhada.

para tal. Na prática, não tenho grande esperança que todas essas medidas possam ser aplicadas, em sua plenitude, apesar do caráter salutar de que se revestem.

Proteção da maior importância vem inscrita no parágrafo 6º do art. 201, ao preservar a intimidade da vítima, compreendendo a sua vida privada, a sua honra e a sua imagem. É de ser ressaltado que o ofendido não está em julgamento, não se justificando, destarte, a sua retaliação. Não se admite, pois, a exibição de seu nome na mídia, seja ela qual for. Para tanto, o juiz *poderá* decretar segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e qualquer outra informação que possam levar a exposição da vítima aos meios de comunicação. Em tal caso poderão ter acesso aos autos somente o juiz, o Ministério Público e o advogado que atuam no processo, sem falar no escrivão do feito que terá, sob sua guarda, os arquivos respectivos envolvendo aqueles atos.

Cumpra por em destaque que tal mandamento vem ao encontro da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, que estabelece as normas de proteção à vítima e testemunhas ameaçadas. Porém, há uma diferença; a nova redação do parágrafo sexto do art. 201 do CPP autoriza o juiz a preservar a intimidade do ofendido independentemente de qualquer ameaça explícita que a vítima esteja sofrendo. O Juiz, antecipando-se, tem a faculdade de determinar, *ad cautelam*, a ocultação dos dados do ofendido. Não resta dúvida de que a providência, se bem aplicada, trará bons resultados, principalmente nos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça.

Outra observação a merecer registro é a de que o ingresso no programa da Lei 9.807/99 dependerá, sempre, da anuência da pessoa protegida ou de seu representante legal (art. 2º, parágrafo terceiro), que, a qualquer tempo, poderá solicitar a sua exclusão do programa de proteção, caso venha a ocorrer uma das situações cogitadas nos diversos incisos do art. 10 da Lei 9.807/99. Já no regime da Lei 11.690/2008, a vontade da vítima não conta, ficando a critério do juiz determinar o segredo de justiça de maneira que fique preservada a intimidade do ofendido, na sua vida privada, honra e imagem. Evita-se, dessa forma, o risco que a vítima possa sofrer por parte de criminosos de alta periculosidade. Prevalece, aqui, o interesse público, objetivando a adequada apuração dos fatos e não somente o risco que o ofendido possa sofrer.

Não resta dúvida de que o princípio da publicidade, que encontra respaldo na própria Constituição Federal (art. 5º, LX e 93, IX) e no CPP (art. 792) sofrerá mitigação, justificável diante da necessária apuração da verdade processual, sem falar no resguardo da própria pessoa ofendida. Por sinal, a Carta Magna admite possa ser restringida a publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

8. É chegada a vez das testemunhas.

Repete-se, aqui, o cuidado, havido com o ofendido, de mantê-las em “espaços reservados”, antes do início da audiência e durante a sua realização (art. 210, parágrafo único do CPP). O objetivo do novo texto legal é o de assegurar a sua incomunicabilidade, objetivando não contaminar a prova. A medida é merecedora de louvor, embora vá

ocorrer dificuldade de ordem prática para sua efetivação, pois os juízos terão que ser adaptados às novas exigências da lei. Até que tal não ocorra, só caberá ao juiz colocá-las sob permanente vigilância de um oficial de justiça ou de um policial requisitado para tal fim, principalmente antes do início da audiência, pois que, durante ela, sem dúvida, o próprio juiz exercerá a fiscalização, valendo-se do auxílio das partes e do oficial de justiça que servir no ato. Outra finalidade reside na proteção da própria testemunha.

A grande novidade técnica vem contida no art. 212 do CPP ao consagrar a inquirição direta. As perguntas, a partir de agora, serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, cabendo ao juiz, sobre os pontos não esclarecidos, complementar a inquirição. Não mais vige, entre nós, o sistema presidencial, consagrado na antiga redação do art. 212 do CPP, em que as perguntas das partes eram requeridas ao juiz que, após, caso as deferisse, as formulava para as testemunhas. Isto não quer dizer que o juiz deixe de exercer seu poder de fiscalização na colheita da prova, cabendo-lhe indeferir as perguntas que puderem induzir a resposta, as que não tiverem relação com a causa ou ainda importarem na repetição de outra já respondida.

Ao final, segundo dispõe o parágrafo único do art. 212 do CPP, em sua nova redação, o juiz poderá complementar a inquirição no objetivo de aclarar pontos que ainda não ficaram suficientemente esclarecidos.

A via traçada pela nova lei é a mais compatível com o sistema acusatório, que, de acordo com o Texto Magno, deveria orientar toda a legislação processual penal, de maneira a garantir a imparcialidade do juiz.

Não chega a ser novidade em nosso direito positivo tal forma de inquirição de testemunhas. Com efeito, em se tratando de depoimento prestado perante o plenário do Tribunal do Júri (antigo art. 467) já havia a inquirição direta, facultando-se, inclusive, aos próprios jurados a formulação de perguntas às testemunhas de forma direta, sem a intermediação do juiz.

Em alguns países (como ocorre no Júri anglo-americano), as partes inquirem as testemunhas de forma alternada. É o sistema do *cross examination*. Porém, há particularidades, pois o juiz que preside o Júri não intervém formulando perguntas. A afirmação é bastante genérica, pois lá, nos Estados Unidos, existem em torno de 40 sistemas processuais diferentes. Entre nós, não se pode dizer que a nova lei adotou o exame cruzado em toda a sua pureza, pois neste o juiz não intervém, ficando a inquirição das testemunhas como tarefa exclusiva das partes.

Curiosamente, na atual legislação, em relação ao Tribunal do Júri, há um sistema misto, que se afasta do regramento geral previsto no art. 212, pois o sistema presidencialista ressurge no art. 473, § 2º, ao permitir possam os jurados formular perguntas por intermédio do juiz presidente. Além do mais a intervenção do juiz presidente se dará, em primeiro lugar (art. 473, cabeça).

Portanto, a participação do juiz na inquirição de testemunhas não foi, de todo, abolida.

Ambos os sistemas apresentam vantagens e desvantagens. O sistema presidencial, tradicional em nosso direito processual, apresentava o inconveniente de possibilitar à testemunha preparar a resposta. O atual, da inquirição direta, pode atemorizar a testemunha, acarretando a intervenção do juiz para corrigir a distorção, assim como enseja ao magistrado, ao final do depoimento, possa complementar a inquirição, suprindo eventuais pontos não esclarecidos. De qualquer maneira, o critério agora adotado é o que mais se compadece com o sistema acusatório.

Ainda no tópico das testemunhas, a redação do art. 217 do CPP tornou-se mais explícita ao prever que a presença do réu possa causar “humilhação, temor ou sério constrangimento” à testemunha ou ao ofendido de modo que prejudique a verdade do depoimento. Se assim for, a inquirição dar-se-á por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, é que será determinada a retirada do réu, prosseguindo, então, a colheita da prova na presença somente do defensor do acusado.

O primeiro aspecto a ser destacado com a nova dicção do art. 217 reside no fato de que o legislador procurou ser mais específico ao indicar os casos em que a norma em questão terá aplicação: “humilhação, temor ou sério constrangimento” causados à testemunha ou ao ofendido. Antes a lei falava apenas na presença do réu que, “pela sua atitude”, pudesse influir no ânimo da testemunha.

O segundo ponto a merecer ênfase foi a inclusão do ofendido, ao lado da testemunha, entre os beneficiários da providência. Sempre sustentamos que, por mera integração analógica, a proteção em questão deveria ser estendida ao ofendido⁸. Não se compreendia a omissão do legislador, agora suprida com a nova redação do art. 217.

Também inovou a lei ao determinar, nos casos indicados no art. 217, que a inquirição se faça por videoconferência. A jurisprudência, voltada para o interrogatório do réu, recebia, com reservas, a adoção da videoconferência (*online*), ocorrendo ora manifestações favoráveis (TACrim SP, *RJTACrim*, SP, 33/377), bem como outras no sentido da sua invalidade (TACrim SP, *RJTACrim* SP 33/382), ao passo que o STJ, ao decidir sobre a matéria, não a vedou de todo, desde que a saída do réu do estabelecimento prisional viesse a acarretar algum perigo (5ª Turma, 742/579)⁹.

Incumbe salientar ainda que o Pretório Maior, embora, repita-se, voltado para o interrogatório, entendeu pela inadmissibilidade da sua realização mediante videoconferência, por tratar-se de forma singular não prevista no ordenamento jurídico (STF, HC, 88.914/2ª Turma)¹⁰.

⁸ *Apud op. cit.* in nº 05 destas notas.

⁹ Para melhor exame, leia-se o meu livro *Estudos de Processo Penal*, 3ª série, pp. 134/135, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.

¹⁰ *Revista Magister de Direito Penal e Processual Pena*, nº 20, p. 72 e seguintes, com rica apreciação doutrinária do Promotor de Justiça, Rômulo de Andrade Moreira (MP da Bahia), no comentário a respeito da decisão sob

Agora, passa a ser lei a aplicação da videoconferência pelo menos para a inquirição da testemunha e do ofendido desde que presentes os motivos indicados no art. 217. *Somente na impossibilidade dessa forma*, é que o juiz determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do defensor do acusado. Sacrifica-se, por relevância de motivo, a autodefesa, mantendo-se, sempre, a indispensável defesa técnica (art. 261 do CPP).

Há um fator complicador na aplicação da aludida novidade legislativa.

É que os diversos juízos precisarão adaptar-se à lei, dotando-se dos necessários recursos técnicos para que a nova orientação possa encontrar aplicação. Averbese-se que a lei somente admite a retirada do réu quando não for possível a videoconferência. Acredito, que esta e outras inovações trazidas pela lei, ainda por bom tempo, custarão a ser adotadas (lugar reservado para o ofendido e para as testemunhas, videoconferência, etc.). Outrossim, é preciso que se tenha em conta que a realidade do país não é a dos grandes centros, impondo-se, ademais, a observação de que, mesmo estes ainda irão demorar a adaptar-se às inovações, pois terão que buscar espaços e recursos para que a lei possa ser cumprida.

O art. 217, em seu único parágrafo, estabelece que a adoção da providência, devido ao seu caráter excepcional, deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. A advertência já constava ao final da redação original do art. 217 do CPP e torna-se indispensável para que fique memória nos autos, pois tratando-se de medida restritiva de direitos, implica em sacrifício da autodefesa, subsistindo, de qualquer maneira, a defesa técnica, esta sempre indispensável (art. 261 do CPP e art. 5º, LV e 133 da CF).

Há, ainda, um outro aspecto a ser analisado. Ele diz respeito às novas regras de procedimento que irão reger o processo penal. De acordo com elas, o procedimento será comum ou especial, sendo que aquele será ordinário, sumário ou sumariíssimo (art. 394), aplicando-se, subsidiariamente, aos procedimentos especial, sumário e sumariíssimo as disposições do procedimento ordinário (art. 394, § 5º). Pois bem: adota o Código, agora, o princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º), sendo toda a prova oral colhida na audiência de instrução e julgamento (art. 400) em que o acusado é interrogado, sempre, por último. Caso ocorra a hipótese do art. 217, duas situações podem ocorrer: dá-se a videoconferência ou, caso não seja possível a sua realização, o afastamento do réu. De qualquer maneira, o réu terá que aguardar para ser interrogado ao final da colheita das provas.

o título “O STF e o interrogatório por videoconferência”.

Não foi sem razão que POLASTRI¹¹, ao examinar os projetos de reforma do CPP, salientou, ao cogitar da videoconferência para a colheita da prova oral, que a matéria ainda demandará melhor regulamentação.

9. Para finalizar, ao tratar do art. 386 do CPP, a nova lei acrescentou mais um fundamento para a absolvição, no inciso IV, “quando ficar provado que o acusado não concorreu para a infração penal” e não somente pelo fato de não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal. A nova redação, sem dúvida mais completa, apresenta reflexos perante a jurisdição civil.

10. Que dizer, em resumo, da reforma pretendida em relação à prova, abordando seus principais tópicos?

10.1. Se o objetivo da reforma foi o de imprimir celeridade para os processos, não resta dúvida de que ele não será atingido.

É que não se cogitou de providenciar uma ampla reforma estrutural do Poder Judiciário de molde a atender às pretendidas finalidades.

O mais grave, porém, foi o enfraquecimento da sociedade para realizar o enfrentamento do crime, saindo, mais uma vez, prejudicada a atuação do Ministério Público no sentido de órgão promotor da ação penal pública, pois a maioria das medidas implementadas só servirão para criar novos entraves para o andamento do processo.

10.2. As providências indicadas nos itens 3 e 5 (*supra*) limitam-se a incorporar ao Código regras emanadas da Constituição Federal e já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, o que é aconselhável e correto.

Mas aqui termina o encômio.

10.3. No item 4 (*supra*) vê-se, da análise feita, que o juiz pode, de ofício, determinar a colheita de provas *mesmo antes da propositura da ação penal*, violando, nesse passo, frontalmente o sistema acusatório em fase eminentemente inquisitiva e fazendo do Ministério Público uma espécie de dois-de-paus no inquérito policial.

Por que a desconfiança para com o *Parquet*?

Por que a violação ao texto constitucional (art. 129, I)?

10.4. Agora, um louvor: a adoção de um só perito oficial (art. 159) ao invés de dois, como ocorria na lei anterior (item 6, *supra*). Porém, logo após, o próprio legislador encarrega-se de destruir a simplificação, ao permitir a figura do assistente técnico, personagem típica do processo civil, que, no campo penal, só irá contribuir para eternizar os feitos criminais. É o ponto negativo por excelência da reforma.

É evidente que somente os réus “vips” irão beneficiar-se de assistentes técnicos, engrossando os processos com dezenas de pareceres técnicos, nos casos de grandes escândalos financeiros que agitam, a todo momento, o nosso país, todos contestando o

¹¹ Lima, Marcellus Polastri, *Manual de Processo Penal*, p. 867, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007.

laudo do perito oficial na parte em que não lhes seja favorável. Averte-se que é comum, em tais casos, haver vários acusados. Todos, seria ocioso dizer, constituirão assistentes técnicos, pagos a peso de ouro, no objetivo de invalidar a perícia oficial ou, quando menos, com o fito único de gerar tumulto processual.

Por que não manter o sábio critério adotado no art. 181 e seu parágrafo do CPP, de tão bons resultados?

A trazida dos assistentes técnicos para o processo penal talvez tenha sido o ponto mais vulnerável das inovações em matéria de prova.

10.5. Na parte relativa ao ofendido (7, *supra*) que, antes, era tratado em apenas um artigo do CPP (201) acrescido de um parágrafo, teve ele resguardada a sua proteção através da prática de uma série de providências, sem dúvida, elogiáveis mas que irão retardar bastante a marcha processual. Com efeito, basta ler os diversos parágrafos que passaram a ornamentar o art. 201. Talvez fosse de melhor aviso que tais medidas protetoras ficassem restritas somente ao processo por crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ressaltando-se a possibilidade de o ofendido requerer os resguardos da lei em outras hipóteses. No fim de contas, o objetivo da reforma não foi o de acelerar os processos? Seria o caso concreto o indicador do caminho a seguir. Não se pode esquecer que o ofendido já conta com o programa especial de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, preconizado na Lei 9.807 de 13 de julho de 1999.

Aliás, era inexplicável a omissão do nome do ofendido no art. 217 que, somente, protegia as testemunhas.

O espaço separado que ficou reservado para a vítima (antes e durante a realização das audiências), louvável e correta providência do legislador, por enquanto figurará como mero exercício de futurologia, já que o Foro não está habilitado a propiciar nem à vítima nem às testemunhas (7, *supra*) tais instalações.

Da mesma forma, o cuidado de preservar a imagem da vítima de maneira que sua vida privada, honra e imagem não sejam expostas à mídia merece encômios, facultando-se, mesmo, ao juiz decretar segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos ou qualquer outra informação que possa trazer risco à pessoa do ofendido.

10.6. Quanto às testemunhas (8, *supra*).

Repete-se, aqui, o cuidado digno de aplauso, de resguardar a incomunicabilidade das testemunhas, através de “espaços reservados” para elas de maneira que uma não se comunique com a outra, bem como que fiquem protegidas. Ficam aqui registradas as mesmas observações feitas acima em relação ao ofendido (10.5). As dificuldades estruturais do nosso Foro (não só no interior como também nos grandes centros) bem demonstram que a reforma processual passou ao largo da realidade.

O ponto alto da reforma em relação à prova testemunhal, sob o aspecto técnico, situa-se no art. 212, ao dispor sobre a inquirição direta. Agora, as partes, formulam

suas perguntas diretamente às testemunhas, ficando abolido o sistema presidencial, tradicional em nosso direito. A intervenção do juiz dar-se-á ao final do depoimento sobre pontos não esclarecidos, complementando a inquirição. Isto não significa que o juiz fique impedido, já no decorrer do depoimento, de interferir nas perguntas, vedando aquelas que puderem induzir a resposta, as que não tiverem relação com a causa ou ainda importarem na repetição de outra já respondida. Ao presidir a relação processual ao juiz incumbe prover à regularidade do processo (art. 251 do CPP), evitando qualquer distorção na colheita de material probatório.

Não se pode negar que tal modalidade de inquirição é a mais compatível com o sistema acusatório. Assinale-se que, no Júri, perante o plenário, nossa lei processual já previa a inquirição direta feita pelos jurados (art. 467), que já excepcionava a regra geral do sistema presidencial.

Na atualidade, há um sistema singular em relação ao Tribunal do Júri (art. 473, § 2º), que será estudado no momento oportuno, quando nos ocuparmos daquela modalidade de procedimento.

Ainda em relação à prova testemunhal determina-se, no caso particular do art. 217 do CPP, a realização da inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade da sua realização, é que se determinará a retirada do réu. Vislumbramos sérias dificuldades práticas para a adoção da medida, sem falar em outros aspectos que já analisamos acima, quando nos ocupamos do ofendido (7, *supra*).

Penso, assim, que a lei exigirá prévia regulamentação, mesmo no caso de afastamento do imputado, em face da topologia no procedimento adotado pela nova lei em relação ao réu, sempre interrogado ao final da prova oral.

11. Termino como comecei: lamentando, no geral, a nova lei, embora, aqui e ali, possam ser apontados pontos positivos. Seria funesto que ela somente apresentasse aspectos negativos. A parte-ré, mais uma vez, saiu amplamente beneficiada, em detrimento da sociedade que se vê cada vez mais desprotegida. Nem mesmo quanto à celeridade, os objetivos (pelo menos, oficiais) foram atendidos.

Agora, só nos resta rezar e passar a tranca na porta.

Outubro de 2008

As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito¹⁻²

Sergio Demoro Hamilton

1. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A prova ilícita, ou, para usar os dizeres da nossa Carta Política, aquela obtida por meios ilícitos, esbarra na vedação da lei material (penal ou constitucional, por exemplo) ou da lei processual (civil ou penal).

Fala-se, então, na doutrina, em prova ilícita e prova ilegítima, para indicar a primeira como sendo aquela que viola norma de direito material, ao passo que a segunda, dita ilegítima, viria a transgredir preceitos de direito processual. Uma e outra estão abrangidas pela proibição advinda da Lei Maior, valendo a distinção, tão-somente, para fins didáticos, pois, nos dois casos, haveria manifesta ilegalidade.

2. A limitação à prova já fora versada no Código de Processo Civil (art. 332) e no de Processo Penal Militar (art. 295), estabelecendo, ambos, interdito ao exercício ilimitado do direito à prova. Com efeito, enquanto o primeiro alude aos “meios legais” e aos “moralmente legítimos” como hábeis para provar os fatos em que se funda a ação ou a defesa, o processo castrense admite “qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva”.

Nosso Código de Processo Penal, mais antiquado, não contém dispositivo genérico ou abrangente a respeito do tema, como os demais citados, no sentido de estabelecer balizamento à produção de prova. Porém, encontramos, no título respectivo (VII do Livro I), inúmeras restrições à realização da prova. Podem ser citados os artigos 155, 206, 207 e outros, e, no procedimento do júri, os arts. 406, § 2º e 475, todos aqui referidos exemplificativamente, no objetivo, apenas, de demonstrar que, também no CPP, o direito à prova não reveste caráter absoluto. Sem embargo da inexistência de um preceito genérico limitando a prova em nossa lei processual penal, seria inadmissível permitir a efetivação de uma prova ilícita no processo penal comum, tendo em conta a vedação expressa advinda da *Lex Legum*.

3. No exame das provas ilícitas, a doutrina dominante vem firmando orientação no sentido de que tal modalidade de prova não pode jamais ser admitida no processo,

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, p. 253-266, jan./jun., 2000.

² Primavera de 1999.

pouco importando a sua relevância para o deslinde da causa penal. Sacrifica-se, nesse passo, o princípio da verdade real em favor da vedação absoluta da prova obtida por meio ilícito. Ainda que em jogo apuração de infração penal da maior gravidade, não poderá o juiz valer-se, em hipótese alguma, de prova obtida por meio ilícito para condenar o réu, embora nela reste evidenciada, sem sombra de dúvida, a culpabilidade do imputado.

A posição da doutrina é acompanhada pela jurisprudência, ao que parece majoritária, de nossos tribunais, valendo notar que o Pretório Excelso, quando do julgamento da ação penal contra o Presidente Collor e Paulo César Farias, firmou entendimento no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas, através da manifestação unânime do plenário da mais alta Corte de Justiça do País³. Não há negar que aquele *leading case* ensejou ao Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, em face da relevância política que a hipótese apresentava, aplicar o princípio da razoabilidade, que será objeto de análise (7 e 8, *infra*), em decisão que serviria de bússola para orientação de nossos tribunais para outros casos em que se justificasse a invocação do princípio.

4. Em função de tal compreensão da matéria, tornou-se possível a construção doutrinária e jurisprudencial que envereda pelo caminho de proibir, também, a prova ilícita por derivação. Trata-se de elaboração cunhada pela Suprema Corte Americana, conhecida como a doutrina do *Fruit of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada), pela qual o veneno da árvore contamina seus frutos. Segundo tal entendimento, embora a prova colhida no processo seja lícita, ela deriva de uma outra obtida por meio ilícito. É o caso, por exemplo, da busca domiciliar levada a efeito sem mandado, em que, no local, vem a ser apreendido o produto do crime; ou, ainda, da confissão obtida sob tortura, através da qual apreende-se o produto da infração penal. Refira-se, ainda, o caso da interceptação telefônica sem autorização judicial por meio da qual se obtém a indicação de testemunha que, posteriormente, prestando depoimento, regularmente, perante a autoridade judiciária, ratifica os fatos revelados na aludida escuta telefônica, incriminando o réu. Aqui também o Supremo Tribunal Federal vem mantendo irredutível entendimento no sentido de sufragar a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Vejam-se os *habeas corpus* nº 69.912-RS e nº 73.351-SP⁴. No último julgado, o STF concedeu o *writ* ao argumento de que a prova ilícita contaminou a prova obtida por meio dela, pois, na hipótese versada, “a apreensão dos 80 quilos de cocaína só foi possível em virtude de interceptação telefônica”.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁵, movido de ira santa, critica, com veemência, “a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica” a doutrina dos

³ SERGIO DEMORO HAMILTON, “A vassalagem ao direito de defesa”, in *Temas de Processo Penal*, pp. 199/200, Editora Lumen Juris, 1998.

⁴ Informativo do Supremo Tribunal Federal, nºs 30 e 36, o primeiro de 15.5.96 e o segundo de 21.6.96, *apud* *Processo Penal*, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, vol. III, pp. 234 e 235. Editora Saraiva, 1998.

⁵ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Revista do Ministério Público/RJ* nº 4, (3ª fase), pp. 113/114.

frutos da árvore venenosa, “nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem”. E indaga se tal viés doutrinário será adequado à nossa realidade, de modo especial na área da “criminalidade organizada”, concluindo por dizer a enorme dificuldade que sente “em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico”, combate este que “também é um valor constitucional” incluído no art. 5º, XLIII, que prevê “o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” entre os “crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”.

O ensinamento conspícuo do ilustre Professor exige meditação, servindo para demonstrar como tais posturas doutrinárias e jurisprudenciais, ainda que movidas pelas mais elevadas intenções de respeito à Constituição, podem contribuir para o afrouxamento ético dos nossos costumes, conduzindo, cada vez mais, à impunidade geral.

Porém, no meu pensar, tudo decorre, pura e simplesmente, da não adoção da Teoria da Proporcionalidade (7 e 8, *infra*) no exame das provas obtidas por meios ilícitos. Uma vez esposada aquela teoria, a doutrina dos frutos da árvore venenosa seguir-lhe-ia o caminho. É caso de afirmar: *sublata causa tollitur effectus*.

Curiosa, sem dúvida, é a posição de TORNAGHI, ao examinar a matéria. Ensina o grande mestre do processo penal que “a questão é menos jurídica do que de política processual”. Com efeito, indaga: “valem as provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas? Para ilustrar: o réu confessa sob coação, com riqueza de pormenores (fato ilícito). Cada um dos pormenores é averiguado de maneira lícita (com buscas, inspeções, inquirições, perícias, etc). Pode o Juiz ter presente essas outras provas?”

Na Alemanha a *communis opinio* afirma que sim (cita-se a exceção de K. SIEGERT). Em contrapartida, a jurisprudência americana responde negativamente⁶.

Cumpra assinalar, no entanto, que a posição doutrinária do eminente processualista é anterior à Constituição Federal de 1988, pois a edição de onde foi colhida contém data de 1978.

CORDERO⁷, ao que parece, adota a mesma posição ao estudar a licitude e a admissibilidade das provas.

5. No entanto, a prova ilícita, quando *pro reo*, vem sendo admitida com tranqüilidade não só na doutrina como perante a jurisprudência, em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do *favor rei*. Tal posição mitiga, sem dúvida, o rigor da inadmissão absoluta das provas ilícitas. Em tais casos, no meu entendimento, o sujeito estaria em situação de verdadeiro estado de necessidade, causa excludente da antijuridicidade, vendo-se obrigado ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade.

⁶ HELIO BASTOS TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal*, 3º volume, p. 466, Edição Saraiva, 1978.

⁷ FRANCO CORDERO. *Procedura Penale*, pp. 573 e seguintes, Giuffré Editore, 1966.

É a hipótese, por exemplo, da pessoa que, de forma sub-reptícia, grava sua conversa com terceiro para provar sua inocência. Aliás, nosso vetusto Código de Processo Penal, no parágrafo único do art. 233, já previa a possibilidade da exibição em juízo, pelo respectivo destinatário, de carta particular, para a defesa de seu direito, ainda que sem consentimento do signatário. Em tal circunstância, como assinalai, a pessoa estaria ao abrigo de uma causa excludente de ilicitude, pois em verdadeira situação de estado de necessidade. Assim, para evitar uma condenação, o réu vê-se forçado a exibir correspondência, que a Constituição Federal (art. 5º, XII) protege como um valor absoluto, violando o seu sigilo. Entre a inviolabilidade da correspondência e o direito à liberdade sobreleva este último. Isso nada mais é que a aplicação, pura e simples, da Teoria da Proporcionalidade, que, abaixo, será objeto de estudo (7 e 8, *infra*).

É justo tal entendimento?

Sem dúvida, partindo do princípio de que as normas jurídicas devem estar sujeitas a uma interpretação razoável sob pena de se transformarem em preceitos injustos e irracionais.

6. Até aqui tenho enumerado, *apertis verbis*, as principais vertentes que vêm encontrando aceitação doutrinária e jurisprudencial em relação ao *thema* “provas ilícitas”, evitando, tanto quanto possível, fastidiosas citações doutrinárias ou referências jurisprudenciais excessivas.

O presente estudo, com efeito, está voltado, unicamente, para o exame crítico da aplicabilidade intransigente do preceito constitucional insculpido no art. 5º, LVI, da Carta Magna de 1988 no campo do processo penal.

7. Para tanto, faz-se mister breve incursão sobre a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. A matéria, por sinal, mereceu cuidadoso estudo da parte do Professor LUÍS ROBERTO BARROSO⁸ em trabalho doutrinário de leitura obrigatória para quem deseje abeberar-se no assunto.

Segundo tais princípios, cabe ao Poder Judiciário, ao examinar certas restrições de direitos, apreciar até que ponto são elas justificadas pelo interesse público, admitindo-as como legítimas ou não.

No aludido ensaio, o festejado Professor analisou, *ex professo*, o assunto, mostrando que o princípio da razoabilidade teve, tradicionalmente, sua incidência no âmbito do Poder Executivo, voltado que estava para o exercício do poder de polícia na área do Direito Administrativo e para os limites da interferência do Estado na vida privada.

Como será possível resumir o Princípio da Proporcionalidade? Quando ele terá aplicação?

⁸ LUÍS ROBERTO BARROSO. “Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade do Direito Constitucional, in *Revista do Ministério Público*, RJ, nº (4), 1996 (3ª fase) pp. 160/175, *passim*.”

Respondo com a maravilhosa síntese de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO⁹: quando “as vantagens que trará superarem as desvantagens...”.

Já em relação aos atos do Poder Legislativo, “a despeito de constituir prática relativamente antiga na tradição norte-americana, sendo igualmente admitida, com reservas, em países como a Alemanha e a Itália”, o princípio ainda suscita alguma controvérsia, “por confrontar-se com certas noções tradicionais de separação de Poderes”, como observa BARROSO¹⁰, com apoio na doutrina de GILMAR MENDES (*Controle de Constitucionalidade*, p. 41) e de PIERANDREI (*Enciclopedia del Diritto*, vol X, 1962, p. 907).

Trata-se de reação compreensível, na medida em que, para a doutrina convencional, repugna o fato de o juiz sobrepor-se ao legislador emprestando à norma uma valoração subjetiva à *outrance*.

Some-se ao argumento uma outra observação relevante, isto é, a de que os Juízes, pelo menos entre nós, não se encontram unguídos pelo “batismo da representação popular”, na feliz expressão de BARROSO¹¹. Daí recomendar-se que a atuação do juiz se faça *cum grano salis* no exercício de tal jurisdição, evitando, na medida do possível, usurpar função que não é sua.

Não se pode negar que a palavra final, em matéria constitucional ou de lei ordinária, será sempre do Poder Legislativo, mostrando BARROSO¹² que, “não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional”, pode o Legislador “no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar”, aludindo, inclusive, ao fato de que, nos Estados Unidos, “por quatro vezes, o Congresso editou emendas à Constituição por discordar do entendimento jurisprudencial”.

No que respeita aos atos administrativos, a questão torna-se de mais fácil compreensão, salientando BARROSO¹³, com inúmeros exemplos extraídos da jurisprudência de nossos tribunais superiores, ainda ao tempo da vigência da Constituição Federal de 1967-69, casos de aplicação “de modo implícito e até mesmo inconsciente” do princípio da razoabilidade. Com efeito, nos referidos julgados não há menção expressa à razoabilidade, embora o princípio tenha sido aplicado, em toda a sua plenitude, como parâmetro de valoração de diversos atos do Poder Público. *Exempla*: a – a decisão que considerou discriminatória a reprovação de candidato à carreira diplomática, em razão de entrevista pessoal, candidato esse que já fora aprovado nas provas intelectuais; b - em

⁹ WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. *Ensaio de Teoria Constitucional* p. 75, *apud op. cit.*, in nota 6, p. 168.

¹⁰ *Apud op. cit.*, in nota 6, p. 169.

¹¹ *Apud op. cit.*, in nota 6, p. 170.

¹² *Apud op. cit.*, in nota 6, pp. 170/171.

¹³ Jurisprudência do T.F.R., MS 101.898, rel. Min. *Leitão Krieger*, in DJU, de 22.05.86, e RTJ 122/1130 (1987), RE nº 111.411-8-RJ. Rel. Min. *Carlos Madeira*, *apud op. cit.*, in nota 6, p. 172.

outra decisão, a jurisprudência repeliu o chamado “julgamento de consciência”, que poderia excluir do concurso candidato à magistratura, com base em avaliação secreta sobre sua vida pública e privada. O julgado entendeu tal preceito incompatível com o concurso público.

Embora a Constituição Federal de 1988 não tenha feito referência expressa ao princípio da razoabilidade, sustenta BARROSO¹⁴ que ele integra o Direito Constitucional brasileiro, podendo ser aplicado pelo intérprete da Constituição, “integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito” (doutrina alemã) ou, ainda, poderá ser extraído da cláusula do *due process of law* (art. 5º, LIV), em razão do caráter substantivo que se deva emprestar à cláusula (corrente norte-americana).

Salienta o ilustre Professor, tantas vezes lembrado no presente estudo¹⁵, que o princípio em exame tem uma incidência bem mais vasta nos países de Constituição sintética, reduzindo-se sua aplicação nos países de Constituição analítica. Em nosso caso, em que a Lei Maior é prolixa, haverá, ainda assim, amplo espaço para aplicação do princípio.

Permito-me acrescentar que, quando em jogo conceitos de natureza política, haverá, necessariamente, que limitar-se a ação do Judiciário, na apreciação dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, quando a própria Carta Política exclui, expressamente, qualquer situação controladora por parte do Poder Judiciário¹⁶.

8. Incumbe examinar, no momento, o tema à luz do processo penal, tendo em conta a apreciação que as “provas ilícitas” vêm merecendo da doutrina e da jurisprudência majoritárias.

TOURINHO, ao deter-se sobre a questão, afirma, enfático, ser preferível que o criminoso fique impune a se permitir o desrespeito à Lei Maior¹⁷.

Com efeito, a Constituição Federal, ao vedar as provas obtidas por meios ilícitos, fê-lo de forma absoluta e peremptória. Na verdade, a Carta Magna de 1988 poderia, no próprio corpo do texto, ter inserido a ressalva “na forma da lei”. O dispositivo constitucional, em tal caso, não gozaria de aplicação imediata, ensejando regulamentação legal. Seria, então, uma norma constitucional de eficácia contida. Porém, assim não dispôs a Carta Política de 88, como já registrado.

Daí, os respeitáveis entendimentos que erigiram em verdadeiro dogma de fé a vedação absoluta das provas obtidas por meios ilícitos.

Será *justa* tal colocação?

Será *legítima* tal compreensão do *thema*?

¹⁴ *Apud op. cit.*, in nota 6, p. 174.

¹⁵ *Apud op. cit.*, in nota 6, p. 175.

¹⁶ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. “O Controle da Relevância e Urgência das Medidas Provisórias”, in *Doutrina*, vol. VII, pp. 174 a 187.

¹⁷ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. *Processo Penal*, vol. III, p. 235, Editora Saraiva, 20ª edição, 1998.

É na busca de uma resposta *razoável* para tais indagações que o presente estudo encontra sua razão de ser.

O inciso de nº LVI do art. 5º da Constituição Federal está inserido no Título II que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, cujo Capítulo I cogita dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Compulsando o mencionado art. 5º, verifica-se, com facilidade, que, ali, igualmente, estão tutelados o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como, aliás, resulta destacado no *caput* do dispositivo.

Faz-se, pois, a primeira pergunta: será *razoável* deixar de lado tais direitos à vida, à liberdade etc., quando em confronto com a limitação advinda do inciso LVI do art. 5º da Carta Magna?

Deve o criminoso ficar impune, como pretende a doutrina majoritária, ou, ao contrário, impõe-se ensejar ao juiz a oportunidade de colocar na balança os direitos e os valores postos em contraste, dando-se ao caso concreto a solução *justa*? Por que vedar-se ao magistrado a aplicação da Teoria da Proporcionalidade, desdobramento natural da construção jurisprudencial da razoabilidade elaborada graças ao talento da Suprema Corte dos Estados Unidos (7, *supra*)?

Discorrendo sobre o critério da proporcionalidade, esclarecem ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii* que os “tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio de equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes”¹⁸.

A objeção que se costuma fazer ao Princípio da Proporcionalidade reside no subjetivismo que gera, pondo nas mãos do juiz um poder absoluto de apreciação sobre qual valor deve preponderar, fazendo surgir um “concretismo” perigoso, com graves riscos para a segurança individual.

Riscos há, não há dúvida; principalmente se não existir da parte do juiz perfeito equilíbrio entre o que se deva entender por atuação discricionária e postura arbitrária. Porém, perigo há em tudo nessa vida, a começar pela própria vida, pois já se disse que “viver é muito perigoso”.

Haveria, evidentemente, critérios balizadores para a atuação do juiz nesse terrível campo minado, não me parecendo que a aplicação do Princípio da Proporcionalidade deva ser estendida a todo o preço e para qualquer caso. Somente em casos excepcionais e de extrema gravidade é que se justificaria o acolhimento da prova ilícita. Permito-me, à guisa de exemplo e sem a mínima preocupação de esgotar as infrações penais em que ele poderia encontrar aplicação, indicar os chamados crimes hediondos, como aqueles em que o juiz poderia não deixar impune o criminoso, aproveitando a prova obtida por

¹⁸ ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO. *As Nulidades no Processo Penal*, p. 134, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição.

meio ilícito. Acaso não seria mais justo sacrificar a intimidade de um seqüestrador para chegar-se à punição do criminoso?

Nenhum direito do homem pode ser visto como absoluto, na medida em que o indivíduo dele se vale para atentar contra a vida, a liberdade ou a segurança de outrem.

Mas não é só. A decisão que viesse a admitir como válida uma prova de tal natureza exigiria, por certo, cuidadosa fundamentação (art. 93, IX, CF), fazendo uma opção entre os valores em jogo, por mera aplicação do “princípio da convivência das liberdades” sintetizado no brocardo segundo o qual o meu direito termina onde começa o de outrem. Direito, sim; abuso de direito, não!

O segundo momento regulador do eventual arbítrio judicial residiria na possibilidade de a decisão ser enfrentada mediante recurso, criando-se a partir daí uma jurisprudência que serviria de critério indicador para casos futuros.

Já ficou visto, linhas acima (5, *supra*), que o Princípio da Proporcionalidade vem sendo admitido, no meu entendimento com inteiro acerto, desde que a prova ilícita venha a ser utilizada *pro reo*. Entre a condenação de um inocente e o uso da prova ilícita que pode levar à absolvição do réu, não há dúvida que sobreleva, como valor maior, a liberdade individual. As “Mesas de Processo Penal” do “Departamento de Direito da USP” estabeleceram, através da Súmula 50, que “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas” desde que beneficiem a defesa¹⁹.

9. Por que, então, não admiti-las, também, *pro societate*, desde que cercado o seu ingresso nos autos das cautelas aqui preconizadas?

Gostaria, nesse passo da exposição, de fazer breve incursão a respeito de um conceito básico que deve reger a apreciação de qualquer lei, seja ela ordinária, seja ela constitucional. Refiro-me ao sistema. BOBBIO registra o uso do termo na linguagem jurídica com inúmeros significados, mas assinala que “a determinação de um sistema é que confere estatuto científico às tarefas de interpretação levadas a cabo pelos juristas”²⁰.

Do mesmo modo, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA²¹, referindo-se de forma especial à Constituição, preleciona:

“A Constituição é um sistema, porque as normas e princípios que a compõem não estão soltos e desvinculados, mas, sim, presos a uma acomodação harmônica, determinada por uma precisa gradação das denominadas normas fundamentais.”

¹⁹ *Apud op. cit.*, in nota 16, p. 136.

²⁰ NORBERTO BOBBIO. *Teoria do Ordenamento Jurídico, apud Sistema Acusatório*, GERALDO PRADO, pp. 61/62, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

²¹ CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA. *O Princípio Constitucional da Igualdade, apud Sistema Acusatório*, GERALDO PRADO, p. 62, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

Justamente por ser um sistema, formando um todo orgânico inseparável e não um conjunto solto e desarticulado de preceitos, é que a Constituição Federal deve ser examinada e, nela, o art. 5º, LVI, como parte integrante do mesmo sistema.

Conforta-me, sobretudo, a opinião de CELSO RIBEIRO BASTOS²², ao debruçar-se sobre o tema, quando assinala a propósito do inciso LVI, *in verbis*:

“O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita.”

E, referindo-se de modo especial à prova ilícita *pro reo*, salienta que, a despeito do caráter peremptório do texto constitucional, a norma está a exigir “alguns temperamentos”, prestigiando o interesse social da realização de justiça em detrimento do direito individual encarnado em uma pessoa.

Saliento, da mesma forma, agora no campo da jurisprudência, o excelente voto do Sr. Ministro *Adhemar Maciel*, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 3.982-RJ, onde, na qualidade de Relator, salientou:

“Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a *Exclusionary Rule* não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, no outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.”²³

A *Exclusionary Rule* (princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente), como se vê, nem mesmo na jurisprudência norte-americana tem encontrado unanimidade²⁴.

No aludido julgamento (*Habeas Corpus* 3.982-RJ), rico em colocações inspiradas, o Sr. Ministro *William Patterson*, vogal, ao fazer declaração de voto, deixou claro que:

²² CELSO RIBEIRO BASTOS. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, pp. 273 e seguintes, Saraiva, 1989, *apud Revista do Ministério Público-RJ* nº 4 (3ª fase), p. 309.

²³ *Habeas Corpus* nº 3.982-RJ, *apud Revista do Ministério Público-RJ*, nº 4, (3ª fase), pp. 306/313.

²⁴ No *Olustead Case* (1928), a Suprema Corte Americana por votação apertada (5x4) decidiu que a escuta telefônica de conversas entre quadrilheiros de uísque (*bootleggers*) não era ilegal. E, em certa oportunidade, que o grampeamento não era ilegal e não se achava dentro dos lindes da Emenda IV (*wiretapping was not within the confines of the Fourth Amendment*), *apud* julgamento referido *in* nota 21.

“Escrever sem o compromisso de julgar é fácil; o difícil é aplicar ao caso concreto a lei. Dizer que o grampo é ilegal em todos os seus aspectos é fácil. A Constituição, a rigor, numa leitura literal do texto, impediria qualquer providência no sentido de colher uma prova desta ordem, *até em favor do inocente*.” (destaques meus)

No caso em análise (*Habeas Corpus* 3.982-RJ) estava em jogo prova colhida mediante escuta telefônica realizada em presídio antes do advento da lei regulamentadora da matéria. A ordem, no caso, por unanimidade, foi denegada. Participaram, ainda, do julgamento, os Srs. Ministros *Anselmo Santiago* e *Vicente Leal*.

Impõe-se reconhecer a natural dificuldade para os estudiosos do tema em absorver conceitos novos surgidos em função da Constituição Federal de 1988 (há pouco mais de dez anos, portanto!), advindos de outras culturas e de sistemas jurídicos e sociais diversos. Daí o natural cuidado de que se deve revestir o intérprete da norma constitucional, buscando, sem assumir uma posição radical, alcançar a exata medida do preceito nela contido.

Mais do que nunca o exegeta deve ter em mente a lição, por demais repetida, de CARLOS MAXIMILIANO²⁵, segundo a qual “dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade”. E conclui: “Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

Penso que o conselho do clássico mestre da hermenêutica deve encontrar guarida quando do exame da correta dimensão do preceito constitucional relacionado com as provas ilícitas, sob pena de consagrar-se a lógica do absurdo, transformando a aplicação de uma norma jurídica em si mesma justa e lícita numa verdadeira subversão da ordem legal e, até mesmo, dos valores morais que informam uma sociedade.

10. Problema delicado, que, certamente, ocorrerá em relação aos adeptos da Teoria da Proporcionalidade, consiste em saber como proteger o infrator pelo ilícito penal cometido no momento da colheita da prova. Explico-me melhor: há quem preconize, na doutrina, a admissibilidade da prova ilícita obtida com violação da norma de direito material, punindo-se, porém, o infrator. Sabe-se, como já ficou visto (8, *supra*), que o réu pode conseguir por meio ilícito prova que venha a demonstrar sua inocência. Poder-se-ia afirmar, então, que o caso comportaria a aplicação da parêmia *male captum bene retentum*. Sobreleva, em tal hipótese, a tutela do direito de liberdade do indivíduo, sacrificando-se outro bem jurídico de menor valia.

Suponha-se, porém, que terceiro, não importa a razão, praticando interceptação telefônica, venha a tomar conhecimento de fato que pode levar à elucidação de crime gravíssimo. Para os adeptos da Teoria da Proporcionalidade, tal prova poderia ser

²⁵ CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pág. 165/166, Forense, 1979.

aproveitada, tendo em conta que, entre a violação à privacidade do criminoso e o deslinde de infração penal da maior gravidade (homicídio, roubo, seqüestro, extorsão, tortura *etc.*...), prevaleceria, sem dúvida, a solução do caso com a conseqüente punição do criminoso.

Pois bem: em hipótese como a formulada acima, o autor da interceptação teria que sofrer punição, fato que tornaria inócua a aplicação, na prática, da Teoria da Proporcionalidade em tal emergência. Quem se arriscaria a identificar-se entregando à autoridade policial ou ao Ministério Público a gravação obtida de forma ilegal?

A lei não nos dá solução para tal situação. Aliás, nem mesmo o Ministério Público ou a autoridade policial poderiam fazer uso de tal gravação, mesmo que ela lhes fosse remetida pelo autor da interceptação valendo-se do anonimato.

Compreende-se, agora, de forma mais nítida, a colocação que procurei dar ao tema no início da exposição, quando salientei (8, *supra*) que a própria Lei Magna, ao vedar as provas obtidas por meios ilícitos, poderia ter acrescentado a ressalva “na forma da lei”, deixando ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar a matéria de maneira que pudesse, tanto quanto possível, abranger situações extremamente delicadas em que a sociedade se verá indefesa se o preceito constitucional, tal como está redigido, for recepcionado como um dogma de fé.

Não foi este, como já disse (8, *supra*), o caminho que a Constituição Federal de 1988 tomou, ao optar, pelo menos na aparência, por uma posição radical em face das provas ilícitas, deixando, no meu modo de ver, profundamente desamparada a sociedade, ao propiciar que alguém possa tirar proveito da sua própria torpeza.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²⁶, ao esboçar uma explicação pela opção feita pela Constituição de 1988, salienta que ela deveu-se, em grande parte, às circunstâncias históricas que a cercaram. É que, segundo afirma, extinguiu-se, recentemente, o regime autoritário “sob o qual eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais” como ocorria com “a inviolabilidade do domicílio e da correspondência.”. Por fim, realizando lúcida análise crítica daquele período de nossa História, registra: “É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação”.

É chegado o momento, portanto, de buscar-se um meio-termo.

11. Devo encerrar. As idéias ventiladas nas despreziosas reflexões alinhadas no presente estudo estão a exigir algumas conclusões:

a) não me julgue o paciente leitor como sendo um iconoclasta, arauto de violações dos direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal;

b) destaquei, porém, ao longo da exposição, que a sociedade, igualmente, se faz merecedora de proteção, tanto quanto o indivíduo;

²⁶ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, *in Revista do Ministério Público-RJ*, nº 4 (3ª fase), pp. 112/113.

c) nessa ordem de idéias, a interpretação da norma constitucional modelada no art. 5º, LVI, merece ser feita não somente em função do texto em que ela figura mas em razão do contexto em que se encontra inserida;

d) pensar em contrário será consagrar uma modalidade de individualismo absoluto em detrimento do bem comum;

e) a mesma Constituição que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos, ampara, da mesma forma, e no mesmo dispositivo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*), que, eventualmente, terão que ser postos em confronto com a regra do art. 5º, LVI, para que se possa saber, diante do caso concreto, qual bem jurídico sobreleva;

f) a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a prova ilícita *pro reo* em função do princípio do *favor rei*. É, não há negar, caso típico de interpretação da norma do art. 5º, LVI, da Constituição Federal em função do contexto e não do texto, pois, segundo este, visto insuladamente, haveria completa vedação quanto à produção da prova ilícita. No entanto, abre-se, com inteiro acerto, exceção em defesa da liberdade individual, tutelada como bem maior no *caput* do mesmo art. 5º;

g) os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade são aqueles em que, quando em confronto bens jurídicos diversos, sacrifica-se um deles em favor do outro, considerado de maior relevância, uma vez que as vantagens que a providência trará superam, de longe, as desvantagens advindas da violação da norma protetora de um valor, considerado, nas circunstâncias, como menor;

h) muito embora a Carta Política de 1988 não tenha feito expressa menção ao Princípio da Razoabilidade, ele integra, de modo implícito, o sistema que ela adota;

i) a Teoria da Proporcionalidade – como é comumente conhecida no campo penal – nada mais é que um desdobramento natural do Princípio da Razoabilidade, designação mais comum, encontrada em outros ramos do Direito;

j) são de pouca monta as objeções levantadas contra a Teoria da Proporcionalidade no sentido de que, pondo em mão do juiz a decisão a respeito de qual bem jurídico deva prevalecer, criar-se-ia uma justiça do caso concreto, enfeixando nas mãos do magistrado um poder absoluto;

l) tais reparos são, facilmente, respondíveis. Vejamos:

I – somente em casos de excepcional gravidade é que se daria a aplicação da Teoria da Proporcionalidade, ficando a cargo do juiz efetivar um juízo de prelibação a respeito da adoção ou não da providência em face do caso concreto;

II – tal juízo de admissibilidade da prova ilícita exigiria minuciosa fundamentação, justamente por excepcionar a regra do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, cumprindo-se, à exaustão, o art. 93, IX, da Lei Maior, que determina sejam todas as manifestações jurisdicionais fundamentadas;

III – a decisão em tela poderia sofrer combate através de recurso, criando-se, a partir de então, uma jurisprudência que viria a servir como norte para casos futuros;

IV – a prova ilícita, em qualquer caso, deverá ser evitada, desde que a verdade dos fatos possa emergir por outros meios.

m) em conseqüência do exposto, não vislumbro razão plausível para que não se adote, igualmente, a Teoria da Proporcionalidade *pro societate*;

n) a *Exclusionary Rule* (princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente) não é tomada em termos absolutos nem mesmo nos Estados Unidos, onde incoorre unanimidade a respeito da sua adoção;

o) os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal não podem revestir sentido absoluto, diante do princípio da convivência das liberdades, impondo-se, por tal motivo, uma interpretação harmônica dos bens jurídicos em contraste. É caso da aplicação do brocardo segundo o qual “meu direito termina onde começa o do próximo”;

p) a Constituição Federal protege o direito; não o abuso de direito;

q) a Lei Maior, como de resto qualquer lei, deve apresentar um caráter eminentemente ético, não podendo servir de instrumento para proteger toda a sorte de abusos praticados por marginais da pior espécie, em nome da defesa dos direitos e garantias individuais de ... criminosos;

r) é força reconhecer que o problema das provas ilícitas dificilmente encontrará uma solução tranqüila, situando-se, sem sombra de dúvida, entre os temas mais difíceis do processo a busca de uma solução satisfatória que venha agradar a gregos e troianos;

s) a opção que se faz, no presente estudo, aqui examinado o tema no campo do processo penal, soa-me como a mais civilizada em razão do interesse público que, no meu pensar, deve sobrelevar sobre o individualismo exacerbado e injusto que fere o bem comum;

t) assim pensando, haverá, sem dúvida, um importante papel a ser desempenhado pela jurisprudência na tentativa de encontrar um possível equilíbrio entre os valores contrapostos. Como advertem ARNOLDO WALD e RODRIGO GARCIA DA FONSECA²⁷ em relação à aplicação do instituto do *habeas data*, aqui também impõe-se

²⁷ ARNOLDO WALD e RODRIGO GARCIA DA FONSECA. “O Habeas Data na Lei 9.507/97”, *Revista do Ministério Público-RJ*, nº 7 (3ª fase), pp. 45/59, 1998.

“que haja coragem e moderação, de modo a não se restringir, e tampouco se ampliar exageradamente” o cabimento e a aplicação da Teoria da Proporcionalidade diante dos casos concretos;

u) não se pode esquecer, repita-se até a náusea, que a Constituição Federal tem seus preceitos agrupados em um sistema e que suas normas compõem um conjunto harmônico e racional, qual um organismo vivo, onde não há lugar para, em ofensa aos princípios gerais que ela consagra, o império da lógica do absurdo;

v) com a adoção da Teoria da Proporcionalidade, segundo penso, estaremos seguindo o ensinamento de ALEXANDER HAMILTON segundo o qual o objetivo de uma Constituição consiste em “*combines the energy of government with security of private rights*”²⁸. A adoção da Teoria da Proporcionalidade é a que, sem contestação, melhor atende ao equilíbrio de valores preconizados por um dos pais da Federação Americana;

x) em conclusão, pode-se afirmar que o Direito, todo ele, resulta de uma construção filosófica que encontra sua validade na medida em que realiza os valores transcendentais de justiça e, no momento em que deles se afasta para consagrar a impunidade geral, caminha para a autofagia. Tal idéia, *brevitatis causa*, resume, por si só, o acerto da posição doutrinária defendida no presente estudo.

²⁸ ALEXANDER HAMILTON. *The Federalist*, ed. Jacob E. Cook, Cleveland, Meridian Books, 1961, p. 164.

A invocação ao sobrenatural vale como prova?¹

Sergio Demoro Hamilton

1. A matéria objeto do presente estudo raramente é versada entre os tratadistas da prova em razão da sua episódica incidência no campo do processo penal, muito embora, vez por outra, o tema venha à baila através de noticiários esparsos da imprensa, quase sempre abordados de forma superficial, buscando mais o sensacionalismo da notícia que a informação técnica e precisa. Fica-se, assim, sem saber, ao certo, até que ponto a prova emanada de experiências mediúnicas ou de documentos psicografados influenciou ou não na decisão da causa, pois somente através de percuente exame dos autos respectivos é que se poderia emitir um pronunciamento seguro a respeito dos fundamentos do julgado em que ela restou apreciada e até que ponto o dado sobrenatural teve relevância na decisão.

2. Valho-me, inicialmente, para o estudo do nosso assunto, de um caso concreto, distribuído à 16ª Vara Criminal - GB, em que tive a oportunidade de officiar, quando ainda Promotor Substituto, ao tempo do extinto Estado da Guanabara, atuando somente na fase final do processo, ou seja, quando da apresentação das alegações finais escritas (art. 500 do CPP).

O feito criminal em tela pode ser assim resumido: os denunciados no processo em questão (nº 22596) C.G. e H.G. haviam conhecido o lesado, O.S.M.P., no distante ano de 1928 e, desde então, passaram a exercer domínio sobre a pessoa do ofendido, O.S.M.P., mediante ardil, a ponto de dominar-lhe a vontade, dizendo-se, C.G., com a participação de H.G., porta-voz de um “Mago Peruano” imaginário. Por aconselhamento do tal “Mago Peruano”, O.S.M.P., homem de grande fortuna, passou a fazer a entrega de elevadas importâncias em dinheiro aos referidos C.G. e H.G., bem como a transferir bens imóveis para os acusados.

A atividade criminosa dos réus teve início em 1942, prolongando-se até setembro de 1959. Portanto, estendendo-se por longos 17 anos.

Vendo-se espoliado em seu patrimônio, O.S.M.P. pretendeu reaver os bens materiais que havia entregue aos réus, por influência do aludido “Mago Peruano”. C.G. e H.G. alegaram, então, que não devolveriam as vultosas quantias em dinheiro e os imóveis, que lhes tinham sido doados, sob o argumento de que o ofendido, igualmente, não lhes poderia restituir os “bens espirituais” (*sic*) recebidos através da ação do tal “Mago Peruano”.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 27, p. 247-255, jan./mar. 2008.

O processo em exame gozou, na época, de grande repercussão, pois tanto o lesado como os imputados eram pessoas bastante conhecidas, tendo o ofendido arrolado uma série de testemunhas de notória representatividade social, entre elas o jornalista e empresário Roberto Marinho, Presidente das Organizações “Globo” (Jornal, Revistas, TV, etc.), que, ao prestar depoimento, se disse velho amigo da vítima e que certa feita ouvira do próprio O.S.M.P. declaração de que a figura de um “Mago Peruano” o influenciara para entregar recursos dele, lesado, para negócios imobiliários em favor dos denunciados.

Igualmente, prestou depoimento Eloy Dutra, político bastante influente naquele momento, afirmando que conhecia O.S.M.P., tido e havido como protetor dos irmãos C.G. e H.G. Salientou, em seu depoimento, que o lesado fora vítima de um estelionato uma vez que fora induzido em erro por meio de “fraudes religiosas” (*sic*) aplicadas pelos irmãos C.G. e H.G. Tais informações, segundo disse, foram prestadas ao conhecido homem público pelo próprio ofendido.

Como de fácil observação, era o próprio ofendido, O.S.M.P., que alegava que os irmãos C.G. e H.G. atuavam como porta-vozes do “Mago Superior”.

C.G. e H.G. se viram denunciados por infração ao art. 171 do Código Penal, na modalidade da ficção legal do crime continuado, tendo em vista o lapso de tempo decorrido e o número de crimes perpetrados.

Esta, de forma bastante resumida, a *quaestio iuris* na parte que interessa ao nosso estudo, pois o volumoso feito contou com outros desdobramentos tais como, o aditamento da denúncia além de duas preliminares de natureza processual, que, aqui, não merecerão análise por não apresentarem qualquer relevância para o presente trabalho.

Chamado a oficiar em alegações finais escritas (art. 500 do CPP), portanto na fase final da instrução postulatória, após refutar as preliminares suscitadas, neguei qualquer valor, à prova sobrenatural, isto é, à atuação do “Mago Peruano” que, por intermédio dos réus, em atuação mediúnica, fez com que o lesado transferisse para os acusados elevadíssimas somas em dinheiro, além de imóveis.

Pareceu-me que havia entre o ofendido e réus uma sociedade de fato, que se estendeu por quase duas décadas e que, em determinado momento, por razões ignoradas, chegou ao fim. As transações poderiam ter sido feitas através de atos jurídicos simulados ou por meio de negócios fiduciários praticados entre as partes. Ressaltei que se tratava de mera hipótese, pois jamais me foi possível saber o que havia de subjacente na relação comercial de que participaram as partes em contenda.

A esdrúxula e infantil alegação trazida aos autos de que o “Mago Peruano”, também indicado no processo como “Mago Superior”, através dos irmãos C.G. e H.G., exercia sobre o lesado total influência, mantendo-o sob domínio absoluto, não mereceu da minha parte qualquer relevância, até porque ridícula. Com efeito, o lesado era homem

de indiscutível inteligência, empresário bem sucedido no seu campo de atividades, tendo, inclusive, exercido o cargo de Ministro da Fazenda em caráter interino. Em contrapartida, os réus pareciam-me pessoas de poucas letras, sendo conhecidos como lutadores de jiu-jitsu, que desfrutavam de grande popularidade.

Dessa maneira, não é crível que o lesado fosse aceitar a influência de um “Mago”, soando-me inverossímil a afirmação de que transferira para os réus vultosas somas em dinheiro e imóveis em troca de “benefícios espirituais” obtidos graças ao aconselhamento do “Mago Peruano”, através dos médiuns C.G. e H.G.. Para os não-iniciados, médium, na doutrina espírita, é o intermediário entre os vivos e a alma dos mortos. É o que ensina o léxico.

A sentença criminal, da lavra do saudoso juiz Deocleciano d’Oliveira, endossou o pronunciamento do Ministério Público desacolhendo as preliminares argüidas e, *circa merita*, absolveu os denunciados.

No juízo cível, igualmente, foi rechaçada a pretensão de O.S.M.P., buscando a reparação do dano, tendo a sentença salientado que se algum ilícito fora praticado nas relações havidas entre as partes, O.S.M.P. seria quem o praticara.

3. Há outras experiências mediúnicas relatadas envolvendo a figura do conhecido médium brasileiro “Chico Xavier”, falecido em 2001, em que, em três casos emblemáticos, suas psicografias acabaram por influenciar no resultado de três crimes que culminaram com a morte das vítimas. É o que narra o douto Promotor de Justiça, RENATO MARCÃO, em seu apreciado artigo “Psicografia e prova penal”². Salienta o ilustre membro do Ministério Público de São Paulo, que, nos três casos por ele indicados, as psicografias influenciaram a prova em benefício dos réus. Dos três episódios a que se refere o aludido doutrinador, dois ocorreram no Estado de Goiás, em 1976, e os respectivos processos foram distribuídos, em momentos diversos, ao julgamento do mesmo juiz de direito. No primeiro caso, deu-se a absolvição sumária (art. 411 do CPP), não chegando o réu a ser submetido a julgamento pelo Júri. No segundo, o acusado acabou absolvido pelo Tribunal Popular por seis votos contra um. Em ambos, ressalta o autor citado, havia relatos baseados no espiritismo, ligados os dois à psicografia. No terceiro evento, ocorrido em 1980, no Mato Grosso do Sul, o réu veio a ser condenado, em segundo julgamento, pela prática de homicídio culposo, tendo por vítima sua mulher.

4. Nos casos narrados (2 e 3, *supra*) há notórias diferenças quanto à maneira com que se deu a intervenção sobrenatural. No feito criminal em que atuei como Promotor de Justiça não houve o uso de psicografia, pois o “Mago Peruano” ou “Mago Superior” incorporava nos irmãos C.G. e H.G. para influenciar a vítima. Havia uma troca de benefícios. O lesado fornecia dinheiro e patrimônio em troca de “benefícios espirituais” obtidos através da ação do “Mago”. É certo que, no processo, havia uma correspondência

² MARCÃO, Renato. “Psicografia e prova penal”, in *Forum-MP*, acesso em 13 de março de 2007, à 0h51.

redigida em código entre os dois acusados e o lesado, que não me foi possível decifrar, não podendo afirmar se ocorreu na hipótese, também, o emprego de psicografia.

Já nos eventos envolvendo os três casos de homicídio (3, *supra*) as repercussões processuais no campo da prova ocorreram em razão do uso da psicografia.

5. Antes de examinar o *thema* sob o ângulo jurídico em função do nosso direito positivo, gostaria de deixar bem claro que não é meu intento ofender ou menosprezar aqueles que, professando o espiritismo, acreditam na veracidade de tais fenômenos sobrenaturais.

Professo, com respeito, o irenismo. Minha análise irá ater-se, tão-somente, em função do nosso *ius positum*, para que se possa chegar a uma conclusão se, diante da lei, podem eles embasar uma decisão judicial.

Com efeito, desde que se examine a nossa Constituição Federal veremos que ela considera inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e protegendo os locais de culto e suas liturgias na forma da lei (art. 5º, VI); além disso, *apertis verbis*, afirma a nossa Carta Magna que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política ... (art. 5º, VIII).

Dessa maneira é a própria Lei Maior que, ao consagrar o Estado laico, exige tal postura por parte do intérprete.

Portanto, que fique bem claro nosso posicionamento diante de tão delicado assunto, envolvendo matéria de crença religiosa, que respeito ainda quando não a aceite.

6. Nos episódios examinados, envolvendo a psicografia (3, *supra*), o assunto torna-se mais delicado, que o evento noticiado relativo ao “Mago Peruano”, este, ao meu pensar, totalmente bizarro e inaceitável.

A razão da maior dificuldade no enfrentamento do problema reside no fato de que o documento psicografado ganha materialização nos autos, permitindo, portanto, exame crítico de um dado concreto.

Cabe, assim, por primeiro, definir o que seja psicografar ou, mais ainda, o que significa psicografia.

O verbo psicografar significa “redigir o que é ditado por espíritos”³ ao passo que o substantivo psicografia consiste na “escrita dos espíritos pela mão do médium”⁴. Por seu turno, como já definido (2, *supra*), o médium figura como intermediário entre os vivos e os mortos.

³ Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Editora Nova Fronteira, 1ª edição, p. 1.154.

⁴ *Apud op. cit. in n° 2*, dessas notas.

Nessa ordem de idéias o que vem para os autos é um *documento*, tal como o define nossa lei processual penal em seu artigo 232. Para ela consideram-se documentos “quaisquer escritos”.

Portanto, *prima facie*, cogita-se de meio de prova previsto em lei (art. 232 do CPP, Capítulo IX, Título VII, Livro I do CPP, que se ocupa “Da Prova”). Se assim é, em um primeiro exame da matéria, dever-se-ia aplicar o brocardo “*nulla restrictio sine lege*”, tendo em vista que as restrições, todas elas, são de direito singular, isto é, não existem sem lei expressa que as consagrem. Haverá, assim, prévia, regra vedando a prova, podendo ela ser encontrada na lei processual ou na lei material, estejam tais vedações expressas nos códigos respectivos ou, ainda, em leis extravagantes. Outras vezes, a proibição decorrerá de manifesta incompatibilidade com os princípios consagrados na própria Constituição da República.

Esta, portanto, há de ser a orientação consentânea com o sistema do livre convencimento e com a busca da verdade real consagrados em nossa lei processual penal, que estabelece a ampla liberdade na produção de provas (nº VII da “Exposição de Motivos” do CPP).

O Código de Processo Civil, quando se ocupa “Das Provas”, declara, em suas “Disposições Gerais”, que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos (...) são hábeis para provar a verdade dos fatos ...” (art. 332, Seção I, Capítulo VI, Título VIII do Livro I), preceito que, sem sombra de dúvida, encontra aplicação no processo penal (art. 3º do CPP).

Sabe-se, da mesma forma, que o procedimento probatório passa por diversas fases, a saber: a propositura da prova pela parte; a admissão da prova pelo juiz; a produção da prova e, por fim, a valoração da prova pelo magistrado, por ocasião da sentença.

Dessa maneira, diante da natural perplexidade com que se depara o magistrado diante da indicação pela parte de uma prova arrimada no sobrenatural, deve ou não o juiz admiti-la ainda na primeira fase do rito probatório?

RENATO MARCÃO, no artigo acima assinalado a respeito do uso da psicografia como prova penal, salienta que não há no ordenamento jurídico vigente qualquer preceito expresso que proíba a apresentação de documento produzido por psicografia uma vez que de prova ilícita não se trata, concluindo por afirmar que no sistema jurídico brasileiro não há como normatizar o uso do documento psicografado como meio de prova, seja para autorizá-lo seja para vedá-lo. O Estado, no fim de contas, é laico.

Portanto, de acordo com o pensamento daquele ilustre Promotor de Justiça a prova em questão merece ser admitida, produzida e valorada pelo juiz por não se tratar de prova obtida por meio ilícito.

De outra banda, deve deixar-se ao juiz, de acordo com o sistema do livre convencimento, dar ao documento o valor que entender cabível, como procederia com qualquer outro meio de prova.

7. Coloco-me tomado por séria dúvida diante de tal posição em relação ao *thema*.

Como será possível a valoração de prova que, se não é vedada expressamente, *jamaís* poderá ser normatizada?

Em conseqüência da indagação vejo-me levado a uma outra pergunta: como colocar a sorte de um feito criminal nas mãos das convicções religiosas do magistrado?

Um juiz, fosse ele agnóstico, ou, mais ao extremo, fosse ele ateu, jamais admitiria tal modalidade de prova. Por outro vértice, um julgador que fosse adepto da crença espírita aceitaria como válida a psicografia ao argumento de que ela não é, expressamente, proibida pela lei processual e que vem ao encontro de sua crença religiosa.

Restaria a possibilidade do exame caligráfico do documento, regulado minuciosamente no art. 174 do CPP, que versa a respeito do reconhecimento de escritos, por comparação de letra.

Mas que letra? Do médium? Do espírito?

Seria uma forma técnica pela qual se poderia chegar a uma conclusão definitiva?

Não creio.

Penso que, ainda assim, tal modalidade de exame grafotécnico não daria suficiente respaldo para a aceitação da validade da psicografia, pois não seria possível, caso assim desejasse uma das partes (ou o determinasse o próprio juiz), submeter-se ao crivo do contraditório o espírito desencarnado, para que confirmasse o laudo (se positivo a respeito da autoria do escrito) ou viesse a contestá-lo (se negativo em relação ao valor do documento).

Tal direito não poderia ser sonogado à parte acusadora, caso desejasse, por tratar-se de direito individual assegurado pela Constituição Federal aos litigantes em qualquer processo judicial (art. 5º, LV). Referi-me, de modo especial, ao Ministério Público ou ao querelante, pois tanto quanto me foi dado observar, a psicografia somente tem sido utilizada em favor dos réus. É certo que, na espécie, restaria a possibilidade de sabatinar, sob o crivo do contraditório, o médium. Porém, ele não seria o autor intelectual do escrito, mas mero copista daquilo que o espírito lhe teria ditado.

O documento, por si só, dada a peculiaridade da prova, não poderia merecer aceitação, sem que se completasse através da prova oral. Mas como fazê-lo?

BONNIER⁵, examinando o valor emanado da prova obtida por meio de invocação ao sobrenatural, lança, sem meias palavras, vigoroso anátema contra seu aproveitamento no processo, *in verbis*:

⁵ Bonnier, Edouard. *Procedure Civile*, Joubert, Paris, 1847.

“En el día no se permitiría ya, como hijo un Tribunal escocés en 1754, que dos testigos afirmaron bajo juramento que les había revelado un espíritu celestial el nombre del autor de un homicidio.”

No mesmo sentido, o pensamento de JULIO ACERO⁶, que transcreve, inclusive, o ensinamento de BONNIER.

8. Averbe-se que, no caso de crime de competência do Tribunal do Júri, a valoração do documento psicografado torna-se especialmente delicada, partindo do fato de que o veredicto não é fundamentado. Ali não há falar em livre convencimento, sistema adotado pelo juiz de direito para validar suas decisões. No Júri, ao contrário, o sistema esposado é o da íntima convicção dos jurados, tornando lotérica a decisão que viesse a acolher como prova o documento psicografado. Bastaria que o Conselho de Sentença se visse composto, em sua maioria, por adeptos do espiritismo ou por pessoas influenciáveis por tais fenômenos para que a prova obtida por meio de psicografia ganhasse relevo incomensurável em relação às demais, mesmo quando estas a desmentissem totalmente.

Releva observar que os casos emblemáticos acima referidos (3, *supra*) envolviam, *todos*, crime doloso contra a vida (homicídio) e, pois, deveriam merecer julgamento pelo tribunal popular.

9. Rechaçar a psicografia importaria numa limitação à prova, pois o documento em que ela se consubstancia constitui meio de prova lícito (art. 231 e segts. do CPP)?

Penso que não.

No meu entendimento, o documento psicografado não deveria chegar, sequer, à fase de valoração da prova. Esbarraria na fase de admissão, cumprindo ao juiz indeferi-lo, *in limine litis*, escoimando-o dos autos.

Não haveria em tal maneira de decidir qualquer ato de arbítrio do julgador, pois não somente as provas ilícitas são inadmissíveis. Igualmente, as provas absurdas e que não apresentam um mínimo de verossimilhança são incabíveis e impertinentes.

É bom assinalar que fatos que escapam aos limites da nossa inteligência, por mera questão de bom senso, não merecem, evidentemente, aceitação como prova, pois não podem ser submetidos a um juízo crítico severo.

No caso da psicografia haveria formalmente um documento nos autos, que tornaria lícita a prova pretendida. Porém, tal documento seria, de todo, descabido, impertinente e imprestável por não ser capaz de trazer qualquer contribuição para a verdade real, uma vez que não se pode afirmar nem tampouco infirmar o que nele está contido.

10. É interessante observar que no caso do “Mago Peruano” (2, *supra*), caso tivesse oficiado nos autos desde o início do procedimento, não teria sequer oferecido

⁶ Acero, Julio. *Procedimento Penal*, p. 226, 4ª edição, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, Puc, México.

a denúncia por falta de justa causa para a imputação, pois jamais admitiria formular acusação contra os indiciados naquelas circunstâncias.

11. Deparando-me com a psicografia, como salientei (7, *supra*) de nada valeria igualmente colher o depoimento do médium, não somente porque o conteúdo do escrito não lhe pertenceria pois fora ditado por um espírito, como também porque estaríamos diante de uma verdadeira petição de princípio, paralogismo em que se estaria acolhendo previamente como verdadeiro aquilo que se tinha em mira demonstrar. Torna-se evidente que o médium iria confirmar haver recebido a mensagem do espírito.

Demais disso, resta saber se o padrão gráfico estampado no documento emanava do punho do médium ou provinha do espírito. Se do primeiro, estaríamos, novamente, diante de uma petição de princípio. Se do segundo, haveria, em tese, a possibilidade da realização do exame grafotécnico, efetivado por meio das indicações constantes do art. 174, II e III do CPP. Porém, dada a peculiaridade da prova assim colhida, não se poderia prescindir da inquirição do autor do escrito. Como fazê-lo?

12. Há um dado intrigante em relação à psicografia que exige, por certo, análise cuidadosa. É que ela vem sendo usada, de forma sistemática, em benefício dos réus. Nunca me deparei diante de uma acusação originária do Ministério Público fundada na psicografia.

Outro aspecto que merece ser destacado reside na circunstância do seu aproveitamento, também usual, nos processos da competência do Júri. Ali, mais que nunca, passando da fé à mera credence, o jurado sofre, sem dúvidas, grande influência para absolver o réu, tanto mais que sua decisão não vem motivada.

Outras vezes, movido pelo medo do desconhecido ou ainda por simples superstição, o jurado tende a acatar a comunicação do além, sempre muito bem explorada pelo tipo de oratória usado pela defesa da tribuna do Júri.

Não se pode olvidar que os jurados são pessoas oriundas das mais diversas camadas da população, muitas vezes desprovidas de formação religiosa e cultural, sujeitos, portanto, aos apelos emocionais lançados no interesse da defesa no objetivo de obter a absolvição.

Tanto quanto eu saiba, repito, os espíritos jamais auxiliaram o Ministério Público...

13. Pode-se, em resumo, chegar a algumas conclusões:

13.1) A prova mediúnica por não poder ser infirmada nem confirmada não deve merecer aceitação uma vez que não enseja ao juiz e às partes a realização de um juízo crítico adequado;

13.2) No caso da psicografia, por tratar-se formalmente de prova documental prevista em lei, não pode ela ser acoimada de prova ilícita;

13.3) Porém, trata-se de prova incabível para a demonstração dos fatos, não podendo servir de base quer para a condenação, quer para absolvição;

13.4) Como tal, deve ser expungida, desde logo, do processo, não ultrapassando a fase de admissão da prova;

13.5) Quando muito, caso chegue à fase de valoração da prova, merecerá desacolhimento;

13.6) De nada valerá o depoimento do médium, por evidenciar-se, no caso, uma verdadeira petição de princípio;

13.7) Não deixa de ser estranhável que a invocação ao sobrenatural se dê sempre em favor dos réus, buscando inocentá-los;

13.8) A psicografia tem sido admitida, ao que sei, em processos da competência do Júri, justamente em razão de que lá o veredicto é imotivado, sofrendo o jurado, pelas razões mais diversas, toda a sorte de influências (medo, superstição, credence, etc.);

13.9) Não haverá qualquer cerceamento para a parte, caso o juiz não admita, desde logo, a produção de qualquer prova fundada no sobrenatural;

13.10) Qualquer fato que escape aos limites da nossa inteligência, no estágio atual de nosso conhecimento, não poderá merecer aceitação como prova.

Julho de 2007.

Questões e questões de processo penal¹⁻²

Sergio Demoro Hamilton

1. A experiência do magistério leva-nos, muitas vezes, a abordar, no curso da exposição em aula, quase nunca com a necessária profundidade, uma série de temas interessantes versando sobre processo penal. Muitos desses assuntos, embora merecedores de estudo, acabam por cair no esquecimento, relegados a um segundo plano em razão do aparecimento de questões nem sempre mais relevantes, mas, sem dúvida, de maior urgência, ou, quando menos, mais práticas em razão da fúria de legislar que, há muito, assola o País, necessitando ser digerida e aplicada no dia-a-dia do foro. Haja cabeça para estudar o direito positivo, constantemente modificado por leis de má qualidade técnica. Muitas delas, impõe-se reconhecer, brigando entre si e contra o sistema (se é que ele ainda existe!), quando não evadas de inconstitucionalidade. Inúmeras destas leis *hurlent de se rester ensemble*, gerando para o aplicador da norma sérias perplexidades. Em razão disso, aqueles temas, realmente relevantes, vão sendo postos de lado. No campo penal, nota-se uma evidente orientação do legislador no sentido de conceder ao indiciado e/ou réu todas as franquias em detrimento do bem comum, deixando o homem de bem cada vez mais desabrigado. Só o réu tem “direitos humanos”!

E as vítimas e suas famílias como ficam?

Bem, estas que “se virem”, perdoem-me o tom pouco acadêmico. É chegada a hora de criar-se uma pastoral para as vítimas de crime!

Por que não?

Outra obsessão, esta voltada, exclusivamente, para a lei processual, é a da velocidade. A rapidez na solução dos litígios é alçada como valor maior do processo, esquecendo-se o legislador que há casos e casos. Situações haverá em que o processo, *necessariamente*, terá que ser lento, obedecendo um rito mais delongado.

A matéria, por si só, mereceria cuidadoso exame, que refoge dos limites traçados para o presente trabalho. Vale o registro da sagaz observação de José Carlos Barbosa Moreira³ a propósito do mito da rapidez acima de tudo ou o do “quanto mais depressa melhor”. Observa o renomado processualista:

¹ Artigo publicado originalmente publicado na *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público (ESMP)*, volume 1, nº 2. São Paulo, jul./dez., 2001.

² Trabalho concluído no outono de 2001.

³ José Carlos Barbosa Moreira, “O futuro da Justiça: alguns mitos”, in *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Ano 4, nº 8, 1º semestre/2000, pp. 6/15.

“Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem. Mas não a qualquer preço.”

Feita a crítica, talvez acrimoniosa, a tudo o que estou vendo em matéria de legislação, retomo o fio da meada. Em aulas, quer nas Universidades em que lecionei, quer ao tempo em que professorava em cursos preparatórios para concursos na área jurídica, movido, muitas vezes, por interessantes perguntas de alunos, analisei algumas das questões que, aqui, serão objeto de exame. Impõe-se afirmar que os diversos assuntos não guardarão entre si qualquer encadeamento, merecendo, cada um, por tal razão, tratamento insulado.

2. Dois termos processuais sempre geraram dúvida no espírito dos alunos, tendo em conta o uso indiscriminado que deles faz a lei processual. Refiro-me aos vocábulos representação e requisição.

Representação é condição de procedibilidade nos crimes de ação pública condicionada. Sem ela, nem mesmo o inquérito policial pode ser instaurado (art. 5º, § 4º, do CPP), estando seus requisitos formais estabelecidos no art. 39 do CPP. Sua falta acarreta a rejeição da denúncia (art. 43, III, *in fine*, do CPP), embora não obste, em definitivo, o exercício da ação penal, uma vez satisfeita a condição (art. 43, parágrafo único, parte final, do CPP), enquanto não extinta a punibilidade. Impende observar que a regra do art. 39 da lei processual penal apresenta caráter de norma imperfeita, pois o preceito nela contido encontra-se despidido de sanção. Ainda que inobservado o aspecto formal do dispositivo em tela, desde que inequívoca a manifestação de vontade do particular legitimado para representar no sentido de ver iniciada a persecução penal contra o indiciado, seu valor será pleno, conforme tranqüilo entendimento da doutrina e da jurisprudência, que, por amor à brevidade, me eximo de transcrever. Assim, por exemplo, se o ofendido, dizendo-se ameaçado de morte, dirige-se à autoridade policial requerendo a instauração do procedimento criminal respectivo contra o autor do crime, ou, simplesmente, noticiando o fato, ainda que não seja lavrado o termo de representação, sua manifestação de vontade, muito embora desobediente à forma, vale como condição de procedibilidade.

Porém, o vocábulo representação apresenta sentido outro em nossa legislação, completamente diverso do que acabamos de analisar. Estou a referir-me, agora, ao significado do termo contido no art. 311 do CPP, que trata da prisão preventiva decretada pelo juiz, atendendo à *representação* da autoridade policial. Da mesma forma, outra providência cautelar pode ser decretada pelo juiz “*mediante representação da autoridade*

policial” (art. 127). Na última hipótese, trata-se da cautelar real indicada no Capítulo VI, do Título VI, do Livro I, do CPP, sob a designação genérica de “*medidas assecuratórias*.”

Representação, nesses dois significados, nada mais é que uma exposição escrita levada a efeito pela autoridade policial por ocasião do relatório (art. 10, § 1º do CPP) ou, mesmo antes, no decorrer do inquérito sobre a necessidade da decretação de providência cautelar de natureza pessoal ou real. Averte-se que a lei faz alusão ao fato de que a representação poderá ocorrer “*em qualquer fase do inquérito policial*” (art. 311 do CPP) ou, dizendo de outra forma, quando estiver em jogo uma cautelar real, como é o caso de seqüestro, antes do oferecimento da inicial de acusação.

O vocábulo, neste sentido, não guarda qualquer relação com aquele outro acima examinado, em que o termo é empregado como condição de procedibilidade.

A palavra representação, também no sentido de exposição escrita objetivando determinada providência, é usada para o juiz, como ocorre, *v.g.*, por ocasião do desaforamento (art. 424 do CPP). Nesta hipótese, cogita-se de providência do juiz do júri postulando ao Tribunal no sentido de desaforar o julgamento para comarca ou termo próximo em face da dúvida surgida sobre a imparcialidade do júri, em razão do interesse da ordem pública ou, ainda, quando houver risco sobre a segurança pessoal do réu.

No caso, tal como ocorre com a representação emanada da autoridade policial, dá-se uma exposição de motivos escrita pelo juiz para justificar a medida pretendida. A diferença, no entanto, decorre do fato de que uma tem sua origem por ato da autoridade policial, ao passo que a outra decorre de providência judicial.

3. A palavra requisição, igualmente, não guarda, em nosso direito positivo, sentido unívoco. Ela é usada no art. 5º, inciso II da lei processual penal no sentido daquela providência que o Ministério Público pode exigir da autoridade policial para que instaure inquérito policial ou realize diligências probatórias outras (art. 13, inciso II, do CPP). A requisição, embora não possa ser desatendida, não se confunde com a ordem. Esta supõe uma hierarquia entre funcionários de uma mesma carreira. Nesse sentido, pode-se dizer que o Procurador-Geral de Justiça dispõe de autoridade *administrativa* sobre os membros do *Parquet*. Ora, a Polícia Civil, em nossa legislação, não guarda qualquer relação de subordinação para com o Ministério Público. São carreiras diversas. Indaga-se, então: por que a Polícia Judiciária não pode deixar de cumprir as requisições a ela remetidas pelo Ministério Público? A resposta é de rara singeleza; estando o *Parquet obrigado* a promover a ação penal pública (art. 24 do CPP), torna-se natural que, para realizar aquela função institucional (art. 129, I da CF), deva dispor de meios para tanto. Assim, de nada adiantaria a previsão legal do princípio da obrigatoriedade da ação penal (art. 24 do CPP) caso o Ministério Público requisitasse providências à Polícia Civil mas esta não estivesse obrigada a atendê-las. Aqui, a requisição tem efeito vinculante, obrigando a autoridade policial a proceder a investigação criminal.

De outra feita, é a lei penal material que usa a palavra requisição em sentido completamente diverso daquele que acabamos de ver. Dessa maneira, os arts. 7º, § 3º, letra “b” e 145, parágrafo único do CP cogitam do vocábulo como condição de procedibilidade. Sem ela, torna-se impossível mover a ação penal (art. 24 do CPP e 100, § 1º do CP), pois faltaria condição exigida em lei para o exercício da ação penal (art. 43, III, *in fine*, do CPP). É preciso ter em conta que a requisição, vista como condição de procedibilidade política, *não* vincula o Ministério Público; vale dizer, a requisição do Ministro da Justiça não obriga o *Parquet* a intentar a ação penal. A independência funcional dos membros da instituição ministerial autoriza liberdade plena na formação da *opinio delicti* diante do caso concreto (art. 129, I c/c 127 § 2º da Constituição Federal). Aliás, muito antes da atual Carta Política, Frederico Marques⁴, nos seus preciosos *Elementos*, já ensinava poder o Ministério Público promover o arquivamento da requisição desde que convencido da inexistência de motivo para formular a acusação.

4. Outra matéria nem sempre bem explicada e que, não raro, gera perplexidade no espírito dos alunos, diz respeito à razão de ser das regras que regem a competência por prerrogativa de função, impropriamente chamada, na doutrina, de foro privilegiado. Ela recebe regulação em vários níveis, tratada que é na Constituição Federal, em leis federais, nas Constituições Estaduais e nas próprias leis de organização judiciária.

Pelo que ensinam incontáveis doutrinadores do mais elevado valor, pessoas há que ocupam cargos e funções de especial importância e, em razão disso, estão a exigir foro especial, ao contrário de qualquer pessoa do povo sujeita ao julgamento pelos órgãos jurisdicionais comuns.

Com o devido respeito por tal entendimento, assim não penso. Não há qualquer privilégio para tais pessoas em função da relevância dos cargos que exercem. Muito pelo contrário, são elas tratadas com maior rigor que qualquer do povo.

Caso assim fosse, aí sim, haveria flagrante privilégio a malferir o princípio da isonomia (art. 5º, proêmio, da CF), violentando, de forma expressa, o dispositivo constitucional que veda juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII).

Na verdade, ao meu pensar, a competência por prerrogativa de função tem como *única* finalidade assegurar um julgamento independente e justo à pessoa que goza do “privilégio”. Explico-me melhor: recentemente, o Presidente Collor esteve acusado pela prática de crime comum. Foi processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “b” da CF), cabendo a acusação ao Procurador-Geral da República. Segundo entendo, a competência *ratione personae* do Pretório Excelso para julgar o Presidente da República não decorre da especial relevância do cargo por ele ocupado, mas, sim, tem por fim assegurar um julgamento justo. Qualquer pessoa medianamente lúcida perceberá,

⁴ José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, volume I, p. 344, Forense, Rio-São Paulo, 1ª edição, 1961.

com facilidade, a terrível pressão política que sofreria um Promotor de Justiça ou um Procurador da República que tivesse que officiar nos autos, oferecendo denúncia contra o Presidente. Que dizer do juiz de primeiro grau de jurisdição chamado a decidir a causa? Diverso seria, como efetivamente foi, o julgamento, uma vez entregue a acusação ao Procurador-Geral da República e o julgamento ao Pleno do Supremo Tribunal Federal. Assegura-se, assim, total independência no julgamento. É pura questão de bom-senso.

Ficou assinalado que, nos casos de prerrogativa de função, há maior rigor no julgamento das pessoas neles compreendidas. Por quê? Qualquer pessoa do povo dispõe do duplo grau de jurisdição, tendo o direito de recorrer contra a sentença que lhe trouxe gravame.

Porém, nos casos de competência originária tal não se dá, uma vez que não há recurso de apelo contra a decisão de uma causa daquela natureza. Terão cabimento, quando muito, o recurso extraordinário, o recurso especial e, se houver denegação de *habeas corpus*, o recurso ordinário (art. 102, II, “a” da CF).

Observe-se, no entanto, que tanto o recurso extraordinário (art. 102, III da CF) como o especial (art. 105, III da CF) são impugnações extraordinárias sujeitas a severo juízo de admissibilidade, pois tutelam o direito federal, prestando-se, unicamente, ao reexame das questões de direito, deles excluída qualquer análise de matéria de fato.

Não se pode negar que a competência por prerrogativa de função, no exemplo citado (do Presidente Collor), tolheria ao réu, se condenado, a oportunidade de qualquer recurso, pois, no caso, o Presidente viu-se julgado pelo plenário da Corte Suprema.

Que estranha homenagem à “relevância do cargo”!

Pode-se dizer que estaríamos diante de um autêntico presente de grego...

Assim, *data venia* das respeitabilíssimas opiniões em contrário, a competência por prerrogativa de função não tem por finalidade “homenagear” pessoas que exercem elevados cargos e funções. Ela existe, unicamente, com o fito de assegurar a essas mesmas pessoas e à sociedade, um processo *justo*, inefenso, ao mínimo, às influências e pressões que, como é notório, ocorrem em tais casos, em razão do poder político de que tais pessoas são investidas.

5. Outro tema que sempre me causou inquietação refere-se ao tratamento dado pela Lei de Execução Penal ao recurso único nela previsto. A minuciosa LEP, que contém 204 artigos, regula o procedimento judicial em apenas três dispositivos legais (arts. 194 a 197), que integram o seu Título VIII. Pois bem: o art. 197 estabelece que das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, *sem efeito suspensivo*. No sistema anterior, do Código de Processo Penal, das decisões proferidas em sede de execução penal (Livro IV), cabia recurso no sentido estrito (art. 581, incisos IX, XI, XII, XVII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII e XXIV). Porém, em alguns casos, o recurso portava efeito suspensivo (como ocorria nas hipóteses de concessão de livramento condicional, de unificação de

penas e de conversão de multa em detenção ou prisão simples). Era o que dispunha o art. 584 do CPP. Examinando a questão, salienta Mirabete que a lei não concedeu ao agravo em execução o efeito suspensivo “*sob o fundamento teórico de que, como regra geral, não haverá dano enquanto se aguarda a decisão do recurso interposto pela parte.*”⁵ Não participo, *data venia*, da certeza manifestada pelo eminente jurista. Pode ser que a parte não corra risco de dano até que sobrevenha a decisão do recurso. Pode ser. Porém, casos há em que a disciplina anterior era, sem dúvida, mais técnica, ao conferir ao recurso efeito suspensivo em certas hipóteses, como, *v.g.*, nas decisões concessivas de livramento condicional ou naquelas que versassem a respeito de unificação de penas. Na matéria, é preciso ter em mente que as disposições relativas ao efeito suspensivo dos recursos, quando em jogo a liberdade individual, devem ser diversas no processo de execução e no processo de conhecimento; neste, a regra deve ser a liberdade. É por tal razão que o réu, em geral, pode apelar em liberdade, prestando fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, ou, ainda, nos casos em que se livre solto (art. 594 do CPP). Por outro lado, as cautelares de natureza pessoal só podem atingir a liberdade individual desde que observados os rigorosos preceitos que as cercam, como, à guisa de exemplo, acontece nos arts. 302 c/c 310 e 312 do CPP.

Na execução, porém, a situação apresenta-se completamente diversa, pois o sentenciado tem contra si uma *sentença condenatória transitada em julgado*. A regra, agora, deixa de ser a liberdade, tornando-se, pois, necessário que, em certas situações processuais, se permitisse conceder ao Ministério Público que o recurso por ele interposto ganhasse efeito suspensivo. As duas hipóteses acima referidas são um bom exemplo de situações jurídicas em que o recurso deveria merecer aquele efeito.

Como obviar a má opção do legislador?

Embora a matéria não seja tranqüila, tem-se admitido, desde que presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, a possibilidade do mandado de segurança por parte do agravante objetivando dar efeito suspensivo ao agravo em execução. Torna-se indispensável, no entanto, a interposição do agravo, pois, se tal não se der, o *mandamus* fica destituído de sentido, uma vez que, não tendo a parte exercido o recurso cabível, não seria possível a alegação de dano potencial decorrente da demora no julgamento do recurso adequado.

Impõe-se o registro de que o tema nada tem de pacífico, não faltando opiniões no sentido de que o *periculum in mora* ensejador do *mandamus* nunca pode ser alegado em prol da sociedade só encontrando amparo quando voltado para beneficiar o sentenciado.

Mirabete⁶ lembra que, por exceção, há uma hipótese em que o agravo interposto pelo Ministério Público apresenta efeito suspensivo. Ela vem indicada no art. 179 da

⁵ Julio Fabbrini Mirabete, *Execução Penal*, p. 359, Editora Atlas S.A., São Paulo, 1992.

⁶ Julio Fabbrini Mirabete, *Execução Penal*, p. 459, Editora Atlas S.A., São Paulo, 1992.

LEP que somente autoriza a expedição de ordem para desinternação ou liberação após o trânsito em julgado da decisão. O dispositivo em questão está inserido no Capítulo II, do Título VI da LEP, referindo-se à decisão que declara cessada a periculosidade, quando da execução das medidas de segurança.

É interessante observar que o mandado de segurança contra ato jurisdicional penal tem sido admitido, com largueza, em relação ao recurso no sentido estrito interposto ainda no curso do processo de conhecimento. Com efeito, tem-se admitido, com certa tranqüilidade, a ação autônoma de impugnação com o intuito de atribuir, liminarmente, efeito suspensivo em relação ao recurso interposto contra decisão de relaxamento de prisão.

O Pretório Excelso, mais de uma vez, já assinalou ser cabível a impetração de mandado de segurança pelo Ministério Público no objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito por ele interposto com aquela finalidade.⁷

De igual sentir, agora no campo da doutrina, o pensamento do professor Hely Lopes Meirelles:⁸

“Generalizou-se, hoje, o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo aos recursos que não o tenham, desde que interposto o recurso normal cabível.”

Se tal se dá quando ainda em curso o processo de conhecimento, em que, no campo penal, a regra é a da liberdade provisória, por que não a estender ao processo de execução para certos e determinados casos, tendo em conta que o sentenciado já tem contra si uma condenação fundada em sentença definitiva?

De qualquer maneira, para evitar discussões intermináveis, melhor seria dar nova redação ao art. 197 da LEP para que se conferisse, em alguns casos, tal como fazia o art. 584 do Código de Processo Penal, efeito suspensivo ao recurso interposto pela parte interessada.

6. Assunto que exige meditação diz respeito à legitimidade ativa para os casos da impropriamente designada ação privada subsidiária da pública.⁹ Quando estudei o tema, com detença, escapou-me examinar este aspecto. A ação privada substitutiva da pública, como sabido, vem prevista no art. 29 do CPP. Examinando o assunto, dei como legitimadas para agir tão somente as pessoas enumeradas nos arts. 30 e 31 do CPP.¹⁰

⁷ Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, precedentes HC 66.794, RTJ 128/1199 e HC 76.416-3, unânime, 03.03.98, Rel. Min. Octavio Gallotti, apud parecer do Promotor de Justiça Guilherme Mattos de Schueler, in *Revista do Ministério Público-RJ*, 3ª fase, nº 10, pp. 235/240.

⁸ Hely Lopes Meirelles, in *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 16ª edição, pp/36/37, apud parecer citado in nº 04 dessas notas.

⁹ As críticas à designação encontram-se estampadas no item 02 do meu trabalho “A Queixa Subsidiária - Questões Controversas”, in *Revista do Ministério Público-RJ*, 3ª fase, nº 10, pp. 189/192.

¹⁰ *Op. cit.*, in nº 06 dessas notas, item 15.

Meditando melhor sobre a matéria, entendo que a questão, na atualidade, não é tão simples. Explico-me melhor: sabe-se que a queixa subsidiária ganhou *status* constitucional. Com efeito, dispõe o art. 5º, nº LIX da CF, que “*será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.*” Diante dos termos da Lei Maior, duas ilações podem ser tiradas:

a) – a primeira delas reside no fato de que a queixa substitutiva só poderá ser intentada caso o Ministério Público permaneça inerte. Vale lembrar que a inércia não se caracteriza somente pelo fato de o *Parquet* deixar de ajuizar a ação (o que nem sempre será possível!). Na realidade, o que proporciona a queixa subsidiária é um *non facere* por parte do Ministério Público. Sobre a matéria, remeto o eventual leitor ao meu estudo a respeito da queixa subsidiária, onde propus a seguinte redação para o art. 29 do CPP: “*esgotado o prazo sem pronunciamento do Ministério Público, será admitida queixa...*”;¹¹

b) – a segunda conclusão a que nos leva a *Lex Maxima* consiste em que, no momento, qualquer pessoa do povo, *ut cives*, encontra-se legitimada para agir, uma vez que a lei processual não pode limitar a ação somente àquelas pessoas indicadas nos arts. 30 e 31 do Código de Processo Penal. Revejo, assim, o que antes afirmara no meu estudo sobre a queixa subsidiária¹² quando não atentara para o fato de que o Código de Processo Penal não pode limitar a legitimidade ampla para agir que a Constituição Federal veio conferir à queixa substitutiva. É certo que, raramente, qualquer cidadão fará uso da prerrogativa, pois, mesmo antes dela, poucas vezes, deparei-me, na prática, com o seu exercício pelo próprio ofendido. Porém, a ressalva se impõe.

7. Um questionamento interessante merece o art. 424 do Código de Processo Penal, que cuida do desaforamento. Segundo o dispositivo em tela ele deverá dar-se para a “*comarca ou termo próximo*”, onde ocorrerá o julgamento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a indicação da comarca para o *desaforamento* “*deve ser a mais próxima e que a exclusão das mais próximas deve ser fundamentada.*”¹³

Com a devida vênia, parece-me que a lei não fez tal exigência, bastando, apenas, que o julgamento se dê em comarca próxima. Assim, seria inadmissível que o desaforamento viesse a ocorrer para uma comarca de outro Estado ou ainda para comarca muito distante, ainda que dentro da mesma unidade federativa.

Mas o ponto que pretendo ferir consiste em saber se a lei foi sábia ao optar por comarca *próxima*. Penso que não. Na verdade, o instituto processual do desaforamento importa na derrogação da regra básica de que o réu deve ser julgado no distrito da culpa pelas razões que a lei enumera no proêmio do art. 424 do CPP (interesse da ordem

¹¹ *Op. cit.*, in nº 06 dessas notas, item 03.

¹² *Op. cit.*, in nº 06 dessas notas, item 15.

¹³ Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in *RTJ* 34/588, 47/471, 71/26 e 131/588, *apud* Código de Processo Penal Anotado, Damásio Evangelista de Jesus, p. 317, Editora Saraiva, 1999, 16ª edição.

pública, dúvida sobre a imparcialidade dos jurados ou a segurança pessoal do réu). Afasta-se, em tais casos, a competência *ratione loci*, genérica no processo penal, que cede lugar se presentes um daqueles motivos ensejadores do desaforamento.

Em parecer que prolatei em face de caso concreto de desaforamento¹⁴, tive a oportunidade de sustentar, com apoio em voto do sempre lembrado Ministro *Cordeiro Guerra*, que o fundamental não é “a proximidade do lugar da ocorrência delituosa, mas a isenção do julgamento.” Tratava a hipótese de requerimento de desaforamento requerido pela Defensoria Pública da Comarca de Barra Mansa para a da Capital, que, evidentemente, não é a *mais* próxima de Barra Mansa. O parecer foi acolhido, por unanimidade de votos, pela Egrégia 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça-RJ, passando a integrar o acórdão, na forma regimental.

O julgado em questão e o parecer que lhe serviu de base não seguiram, com rigor, a exigência da lei que alude à comarca próxima. Não tenho dúvida, porém, que atenderam melhor aos sadios objetivos do desaforamento: obter um julgamento justo.

Penso, ao contrário do que dispõe a lei processual, que, quanto mais próxima a comarca, maiores serão os riscos de parcialidade (ou qualquer outro contemplado na lei) no julgamento em razão dos reflexos que o fato possa ter na região.

Assim, melhor andaria o Código se deixasse ao juiz, independentemente de requerimento das partes, indicar, de maneira fundamentada, a comarca adequada para proceder o julgamento, decidindo o Tribunal como entendesse de direito.

8. O art. 82 do CPP cogita da advocatória exercida pela autoridade com jurisdição prevalente (art. 83 do CPP) nos casos de conexão ou continência. Faz, porém, uma ressalva: ela não se dará em relação aos processos que já estiverem com *sentença definitiva*. A redação da lei pode levar o intérprete a equívoco, tendo em vista que a expressão *sentença definitiva* faz entrever o trânsito em julgado do *decisum*, apresentando sentido unívoco, uma vez que ela se destina a julgar o mérito da causa, condenando, absolvendo ou não fazendo nem uma coisa nem outra, como se pode observar do art. 593, II, do CPP. Aqui, melhor diria a lei se fizesse referência à *sentença final*, contra a qual cabe apelo (art. 593, do CPP). É óbvio que o juiz prevalente não pode fazer tábula rasa da *sentença prolatada* em outro Juízo, atuando, na prática, como verdadeira instância revisora de outro julgamento. Daí, a ressalva constante da parte final do art. 82 do CPP: em havendo *sentença definitiva (rectius: final)*, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação de penas. Quando todas as sentenças se tornarem definitivas, isto é, com trânsito em julgado, far-se-á a soma (no caso de concurso material) ou a unificação de penas (se presente o concurso formal) perante o juízo das execuções, onde houver (art. 66, III, letra “a” da LEP).

¹⁴ Parecer por mim proferido no Desaforamento de nº 04/90, in *Revista de Direito da Defensoria Pública*, pp. 394/397, nº 06, 1992.

A regra do art. 82 do CPP refere-se, unicamente, aos casos de conexão e/ou continência. A jurisprudência, no entanto, acertadamente, veio a estender a aplicação do art. 82 do CPP também para os casos de crime continuado (art. 71 do Código Penal), pois, não há dúvida, para os fins da lei, as situações guardam semelhança, embora haja distinção ontológica entre as espécies jurídicas.

Obraria melhor o legislador se, no dispositivo em análise, tivesse usado a expressão sentença *final*, partindo do princípio que a lei deve usar as palavras na sua acepção técnica. Aliás, o art. 593, nos seus incisos I e II, padece de igual imprecisão.

9. Não andou bem o legislador ao admitir que o juiz, “em qualquer fase do processo”, possa reconhecer sua incompetência (art. 109, do CPP). É que, no meu entendimento, deveria a lei, ao versar sobre a matéria, ter feito uma distinção entre incompetência relativa (*ratione loci*) e incompetência absoluta.

O Código de Processo Civil, de técnica mais apurada, faz perfeita separação entre competência absoluta e a relativa. A primeira é insuscetível de sofrer alteração, quer atendendo a pedido das partes, quer por ato do próprio juiz, não se aplicando a ela nem mesmo as causas legais de prorrogação (conexão ou continência). Já em se tratando de competência relativa, há possibilidade de sua modificação em razão de postulação das partes (arts. 111, *in fine* e 114 do CPC), ou de imposição legal, como ocorre nos casos de conexão ou continência (arts. 102 e 104 do CPC).

No processo penal, desde que em jogo incompetência relativa, se a parte não manifestar a exceção de incompetência (art. 108 do CPP), no prazo de defesa, ou for ela rejeitada, haverá preclusão, ocorrendo a prorrogação de foro.

Porém, ao contrário do que ocorre no processo civil, permitiu a lei que o juiz “em qualquer fase do processo” (art. 109 do CPP) reconheça a sua incompetência, não fazendo qualquer distinção entre a competência relativa e a absoluta.

A orientação não me parece acertada, uma vez que tal dispositivo deveria referir-se, tão somente, ao juiz absolutamente incompetente. Graves prejuízos podem advir para o feito criminal em razão do tratamento legislativo conferido à matéria pela lei processual, tendo-se em conta a brevidade do lapso prescricional de muitas infrações penais.

É certo que o art. 567 do CPP, buscando atenuar os efeitos maléficos da orientação seguida pelo Código, estabelece que a incompetência do juízo anula *somente* os atos decisórios. Atenua, não resta dúvida, *ma non troppo*. Acaso o recebimento da denúncia não reveste o caráter de ato decisório? A Corte Suprema¹⁵, apreciando a matéria, manifestou-se pela nulidade daquela decisão, quando emanada de juiz incompetente, somente interrompendo a prescrição a denúncia recebida no juízo competente (art. 117, I, do CPP). O exemplo serve de amostra do grave prejuízo que pode advir para o

¹⁵ Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, RTJ 69/758, *apud Código de Processo Penal Anotado*, DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 398, Editora Saraiva, 1999, 16ª edição.

processo a regra do art. 109 da lei processual básica ao admitir a atuação *ex officio* do juiz em matéria de incompetência relativa; pode-se invalidar todo um processo sem que a incompetência tivesse sido argüida pela parte no momento oportuno.

É certo que, em se tratando de incompetência absoluta, desaparece a razão da crítica, devendo o juiz, a todo o tempo, reconhecê-la. Aliás, mesmo depois do trânsito em julgado da decisão, a nulidade pode ser reconhecida, desde que *pro reo*, pela via do *habeas corpus* (art. 648, VI, do CPP).

10. Uma distinção que nem sempre é bem feita decorre do uso indiscriminado dos vocábulos *prisão* e *captura*. O art. 304 do CPP, que se situa no Capítulo II do Título IX do Livro I, versa a respeito das formalidades da prisão em flagrante, fazendo perfeita distinção entre as duas situações processuais, embora não aluda, expressamente, à captura. Esta consiste na momentânea privação da liberdade de alguém até que a autoridade resolva se vai ou não a transformar em prisão. A diferença surge bem nítida no parágrafo primeiro do aludido art. 304 onde está dito que “resultando das respostas fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto (pitoresca expressão da lei!) ou de prestar fiança e prosseguirá...”

Portanto, há um momento anterior que precede a prisão, onde a autoridade, conforme o caso, após ouvir o condutor, as testemunhas e o ofendido, além do próprio conduzido (se ele não optar pelo silêncio), decidirá se deve ou não autuar em flagrante o capturado, recolhendo-o à prisão. Só haverá prisão em flagrante, como indica a lei, em uma segunda etapa, caso a autoridade entenda cabível a providência.

Daí, parecer-me equivocado o art. 301 do CPP quando afirma que “qualquer do povo poderá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.” Na verdade, “qualquer do povo” pode capturar quem esteja em situação de flagrante (art. 302 do CPP); a prisão em flagrante é ato privativo da autoridade (em geral, policial), uma vez que o particular não dispõe do poder de coação legal para prender.¹⁶

Aliás, o próprio *caput* do art. 304 do CPP não prima pela precisão e pela técnica ao aludir ao “preso” e ao “acusado”, quando deveria dizer conduzido e suspeito. Somente após as respostas, se delas resultarem fundadas suspeitas contra o conduzido, é que se poderá falar em preso (ressalvada a hipótese em que se livre solto ou preste fiança) e indiciado (nunca acusado!).

11. Questão extremamente delicada toca de perto com a aplicação do disposto no art. 616 do CPP. Com efeito, ali vem facultado ao Tribunal, ou órgão fracionário dele, colher “novo” interrogatório, “reinterrogar” testemunhas ou, ainda, determinar outras diligências, diretamente ou mediante carta de ordem dirigida ao juiz da causa.

¹⁶ O leitor interessado poderá encontrar abordagem mais ampla sobre o tema em meu trabalho “O *Habeas Corpus* contra ato de particular”, in *Revista do Tribunal Regional Federal*, 1ª Região, volume 08, nº 04, outubro-dezembro, 1996, Brasília, Distrito Federal, onde o conceito de autoridade e de poder de coação vem analisado com vagar.

Ao falar a lei em “novo” interrogatório, faz supor que, antes, já fora realizado, perante o primeiro grau de jurisdição, um interrogatório pelo menos. Diga-se o mesmo em relação às testemunhas, uma vez que o dispositivo em foco fala em “reinqüirir” testemunhas; ora, somente pode haver reinquirição se já ocorreu a inquirição. Já em relação às diligências, há amplitude de atuação por parte do Tribunal, pois ele pode determinar “outras” diligências, não apenas aperfeiçoar aquelas já colhidas no juízo *a quo*. Seguramente foi em nome do princípio da verdade real que tal preceito legal encontrou inspiração, violando, inclusive, o sistema acusatório¹⁷, pois a redação do Código, contida no art. 616, não condiciona aquelas providências ao requerimento das partes.

O ponto inquietante do referido dispositivo relaciona-se com a possível violação do princípio do duplo grau de jurisdição. Pode o Tribunal conhecer de material probatório que não foi objeto de apreciação pelo juiz da sentença? Não haveria, em tal caso, uma verdadeira supressão de instância?

Tenho para mim que a prova assim obtida ou a diligência assim realizada não poderá, jamais, prejudicar o réu. Violaria, frontalmente, o princípio do *favor libertatis* uma prova ou uma diligência assim efetivada que não foi objeto do processo de conhecimento perante o juiz da causa.

Não ocorreria, porém, qualquer obstáculo caso a prova assim recolhida viesse a beneficiar o réu. Porém, ela nunca poderia ser aproveitada *pro societate*.

12. Uma pergunta que acode o meu espírito relaciona-se com o art. 366 do CPP. A doutrina majoritária salienta que o legislador não pretendeu restaurar a prisão preventiva obrigatória, ao usar a expressão “se for o caso” no texto do dispositivo. Formulo, então, a seguinte indagação: o réu citado por edital, que não comparece nem constitui advogado e que se encontra em lugar incerto e não sabido, assegura a aplicação da lei penal (art. 312 do Código de Processo Penal)?

Penso que não.

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a simples fuga do acusado do distrito da culpa, tão logo descoberto o crime praticado, já justifica o decreto de prisão preventiva” (RT 497/403). No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça (RHC 492, 5ª Turma, DJU 30.04.90, p. 3530).¹⁸

Vale o registro de que a preventiva, uma vez efetivada, acarretando o comparecimento coativo do réu, poderia ser revogada desde que não subsistissem razões outras para mantê-la (art. 316 do CPP).

¹⁷ As sucessivas violações ao sistema acusatório em nossa legislação processual penal foram objeto de análise em meu estudo “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, encontrado no endereço <http://www.amperj.org.br/associados/dalla/demoro.htm>.

¹⁸ Julgados do STF e do STJ extraídos do *Código de Processo Penal Anotado*, de Damásio E. de Jesus, p. 219, 16ª edição, 1999, Editora Saraiva.

13. Segue outra indagação versando, ainda, sobre a revelia premiada do art. 366 do CPP. Relaciona-se com a “produção antecipada das provas consideradas urgentes.” Que é “prova urgente”?

Não posso, com o devido respeito, concordar com a posição doutrinária no sentido de que “provas urgentes”, para os fins do art. 366 do CPP, sejam somente aquelas situações indicadas no art. 225 do CPP. Assim, no meu entendimento, a prova pericial seria *sempre* urgente, sob pena do perecimento do objeto da prova.

E a prova oral?

Acaso a testemunha teria que ficar comunicando ao juízo qualquer mudança de residência *in aeternum*?

Evidentemente que não. Por sinal, a lei processual somente obriga que as testemunhas comuniquem ao juiz, “dentro de um ano”, qualquer mudança de residência (art. 224 do CPP).

Diga-se o mesmo em relação ao ofendido, pois a ele aplicam-se, analogicamente, muitas das regras processuais relativas à prova testemunhal, tendo em vista que o Código a ele faz referência somente no art. 201 do CPP¹⁹.

Assinale-se, ainda, que o ano a que se refere o art. 224 do CPP deve ser contado a partir da data em que a testemunha foi inquirida no inquérito policial, reabrindo-se o período quando da sua oitiva em juízo.

Dessa maneira, o melhor critério a ser seguido pelo juiz será o de considerar “urgente” *qualquer prova*, sob pena do art. 366 do CPP transformar-se em mais uma porta aberta para a impunidade.

Nada impedirá que o réu, quando e se comparecer, caso deseje, venha a requerer a renovação da prova colhida na sua ausência, caso tal providência ainda seja possível.

14. Não me julgue o paciente e eventual leitor um selenita desavisado a especular sobre o sexo dos anjos. Na verdade, os temas aqui ventilados, todos colhidos à ventura, retratam, apenas, algumas colocações de um observador perplexo e aturdido diante dos rumos excessivamente liberais que o nosso processo penal vem tomando nos últimos tempos.

¹⁹ Sobre a matéria, veja-se o meu estudo “A disciplina legislativa da prova penal”, *in Doutrina*, nº 07, pp. 276/293, item 12.

O desaforamento (breves observações)¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Não é por empirismo ou ainda por mero acaso que o Código de Processo Penal, em seus arts. 69, I e 70, estabelece que a competência, de regra, será determinada pelo lugar da infração. A lei processual, ao optar pelo *forum delicti comissi*, está apenas adotando um critério de bom senso ditado pelo simples fato de que, no local do delito, é que, normalmente, se encontram as provas da infração penal. Lá hão de estar as testemunhas da ocorrência criminosa, lá provavelmente se encontrará o corpo de delito, lá a investigação, sem dúvida, se tornará mais rápida e eficiente. Não apenas razões de ordem prática estão a ditar a providência do legislador; existe, ao lado delas, a função pedagógica do julgamento e da aplicação da pena levadas a efeito no lugar onde ocorreu o impacto causado pelo delito, tornando exemplar a sanção penal infligida ao réu no meio social em que o evento criminoso se efetivou.

Se a regra constante dos arts. 69, I e 70 do CPP encontra plena justificação em relação aos fatos criminosos em geral, tratando-se de infração penal da competência do Júri (art. 5º, XXXVIII da CF), isto é, de crime doloso contra a vida, existe redobrada razão para a aplicação do brocardo *ubi facius perpetravit, ibi poena reddita*. É que, em relação aos demais crimes, o processo e julgamento se fará por juízes togados, por técnicos em direito, homens acostumados ao manejo da lei e com maior sensibilidade para absorver o impacto psicológico causado pelo crime, por mais grave que ele seja, e, pois, muito mais infensos às pressões do meio social, tanto mais que suas sentenças e decisões serão sempre motivadas (arts. 381, III, do CPP e 93, IX da CF). Portanto, as partes podem saber as razões pelas quais uma decisão chegou a determinada conclusão, para melhor enfrentá-la através de recurso cabível.

No Júri, porém, o julgamento é diverso, pois não sendo fundamentadas suas decisões, o que pesará no veredicto serão, como é natural, os valores culturais do local, pois os jurados decidem de acordo com padrões do meio social em que vivem. A mentalidade do lugar é que irá influir – e muito! – na valoração do fato a ser apreciado. É por tal razão que, no Júri, mais que nunca, sobreleva a razão de ser da competência *ratione loci*.

2. Sabe-se que o juiz de direito, homem de carne e osso, com as fraquezas próprias da natureza humana, pode ser arredado do processo e do julgamento de determinado feito criminal através da exceção própria (art. 95, I do CPP), nos casos exaustivamente enumerados nos arts. 252 e 253 (impedimento) e 254 (suspeição) do CPP, salvo se o

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 25, p. 229-243, jan./jun. 2007.

magistrado, ele próprio, venha a afastar-se de atuar no processo (abstenção) [art. 112 do CPP], antecipando-se à argüição da parte. Mas, aqui, o problema que surge é o da competência de juiz, não envolvendo a competência de foro. O juiz, uma vez acolhida a exceção ou ocorrendo a abstenção, será desligado do feito. No entanto, a competência de foro permanece inalterada.

3. O desaforamento abre exceção à regra geral dos arts. 69, I e 70 do CPP, constituindo-se numa particularidade típica da instituição do Júri, justamente pelas razões acima expostas (1, *supra*). Trata-se de medida excepcional por importar em derrogação da competência territorial estabelecida na lei processual como regra geral. Por ser exceção, o Código, no art. 424, em indicação de *numerus clausus*, estabelece o seu cabimento. A enumeração constante do Código, como dito, é de direito estrito, não comportando, assim, interpretação de extensão nem integração analógica.

4. Compulsando aquele dispositivo, vê-se que o desaforamento só pode dar-se em razão do interesse da ordem pública (I), quando houver dúvida sobre a imparcialidade do Júri (II), no caso de risco para a segurança pessoal do réu (III) e, por fim, se o julgamento não se realizar no prazo de um ano, contado da data do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o próprio réu ou a sua defesa (IV). Somente em presença de uma destas relevantes razões é que o feito poderá ser desaforado, valendo o registro de que as três primeiras encontram-se anotadas no *caput* do artigo 424 ao passo que a última vem delineada em seu único parágrafo.

Averbe-se, ainda, que nas três hipóteses contempladas na cabeça do art. 424, qualquer das partes, mediante requerimento, ou o próprio juiz, por meio de representação, poderá desaforar o julgamento para comarca ou termo próximo, onde, evidentemente, não subsistam os motivos acima indicados. No entanto, no caso explicitado no parágrafo único, unicamente as partes é que poderão fazê-lo, vedando-se a atuação *ex officio* do magistrado. Dessa arte, somente nos casos indicados no *caput* do art. 424 do Código é que a representação do magistrado poderá ter lugar.

5. Antes de empreender análise a respeito das hipóteses indicadas na lei, impõe-se fazer uma distinção entre o instituto que estamos examinando e as recusas típicas do Júri. Estas, como sabido, podem ser fundamentadas ou peremptórias. Em ambos os casos, não haverá deslocamento da competência de foro, sendo que, na hipótese das chamadas recusas imotivadas, há um número máximo de três recusas de jurado para cada uma das partes (art. 459, § 2º do CPP). Acrescente-se, ainda, que, se em consequência das suspeições ou das recusas não houver número para a formação do conselho, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido (art. 459, § 1º do CPP).

Portanto, são institutos distintos, disciplinados em normas diversas e com finalidades próprias, que nada guardam em comum com o desaforamento.

6. A primeira causa que autoriza desaforar refere-se ao “interesse da ordem pública”.

A noção de ordem pública, como ocorre com todo o conceito válvula, presta-se a uma enorme abrangência, exigindo, pois, do intérprete especial cuidado em sua análise, de maneira a evitar que se lhe dê desmesurada dimensão.

É a questão de trato mais delicado quando do exame do desaforamento. BENTO DE FARIA² bem situou o assunto, ao gizar o clima de guerra que pode surgir no local, com graves agitações populares, gerando desordens e conflitos “determinados pelas paixões, sejam ou não políticas, *v.g.*, pela crueldade do acusado”, ou ainda pela hediondez do crime bem assim em situações assemelhadas.

É medida para ser usada com extrema parcimônia, tendo em vista o caráter excepcional do instituto e a amplitude da definição do que seja “ordem pública”, que pode dar margem a toda sorte de abusos, objetivando afastar a regra geral da competência territorial.

7. O segundo motivo para desaforar dá-se quando houver dúvida sobre a imparcialidade do Júri.

Tratando-se de providência de exceção, a dúvida sobre a imparcialidade do Júri há que ser séria e fundada, não bastando para efetivá-la simples alegações ou suspeitas vagas destituídas de qualquer razão concreta merecedora de crédito. Por tal, exige-se *prova* capaz de motivar, de forma efetiva e real, a parcialidade do júri, pois inserindo-se o desaforamento em derrogação da regra segundo a qual o réu deve ser julgado no distrito da culpa, seria absurdo que, por indeterminadas suspeitas, o requerimento pudesse vir a ser deferido. Nesse sentido, o entendimento tranqüilo da jurisprudência do Pretório Maior (RTJ 51/ 671) e do Superior Tribunal de Justiça (RT 785/575)³.

Vê-se, dessa maneira, que há certo cuidado em conferir um caráter, tanto quanto possível, de objetividade a respeito da imparcialidade.

Parcialidade e justiça são idéias antitéticas, que não podem coexistir.

Discorrendo *ex professo* a propósito da matéria, MANZINI⁴ tece largas considerações em seu clássico *Trattato* mostrando, com a erudição que lhe é peculiar, os riscos absolutos da parcialidade, em observações que valem de modo especial para os jurados, mas que, de certa forma, atingem, se bem que em menor escala, os próprios juízes togados.

² FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*, vol. 2, p. 146, Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1960.

³ Jurisprudência extraída do *Código de Processo Penal Anotado*, p. 355, JESUS, Damásio E. de. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

⁴ MANZINI, Vincenzo. “*Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*”, volume secondo, pp. 169 e sgts. Torino: Unione Tipografico - Editora Torinese. 1931. Vale o registro de passagem do ensinamento do grande mestre italiano: “*Il legittimo sospetti, a differenza dei comuni motivi di recusazione, non investe un determinato giudice a cagione delle sue qualità o rapporti personali, ma, come già diciamo, a causa dell'ambiente in cui si trova. Si suppone ch'egli, pur essendo personalmente disinteressato nella causa, possa subire, con danno della sua serenità funzionale, influenze e pressioni ambientali (politiche, religiose, settarie, mafiose, camorristiche, plutocratiche, ecc.) che conviene evitare nell'interesse della giustizia*”.

A imparcialidade dos jurados, normalmente, será afetada em cidades pequenas, quando o réu (ou a vítima) seja pessoa de grande projeção no meio social, gerando uma tendência para condenar ou absolver, conforme o caso. Suponha-se a situação de um prefeito local, eleito com expressiva votação, muito apreciado pela população e que venha a ser assassinado por um desafeto político ou por um marginal qualquer. É evidente que o evento criminoso atrairá grande comoção na comunidade provinciana através da mídia localizada (jornais, rádios *etc.*) que, previamente, estampará suas opiniões, “condenando” ou “absolvendo” o autor do crime.

Lembro-me de um homicídio ocorrido em Barra Mansa, cidade de nosso Estado do Rio de Janeiro, em que a vítima era pessoa benquista e muito estimada na localidade. Diria, mesmo, que gozava de grande popularidade no meio social. Tive a ocasião de, atuando como Procurador de Justiça junto à 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, opinar de forma favorável ao desaforamento, pois o réu, pelo que depreendi do exame dos autos, já estaria previamente “condenado” pelo júri local. No caso, acrescenta-se ainda, havia a presença de outro motivo ensejador da medida extrema, pois a integridade física do acusado encontrava-se seriamente ameaçada, fato que motivou sua transferência de prisão, para outra cidade (Resende), pois nesta a cadeia apresentava instalações mais seguras para protegê-lo. Todas essas informações constavam abundantemente documentadas nos autos⁵.

É certo que os grandes centros também não estarão imunes à influência da mídia (televisão, jornais, revistas, internet *etc.*), pois, neles também, os jurados ficarão sujeitos à influência dos impropriamente chamados “formadores de opinião”. Veja-se, à guisa de exemplo, o caso que envolveu o homicídio praticado contra a atriz de televisão Daniela Peres. Alguém pode ter dúvida que o acusado Guilherme de Pádua e sua mulher Paula Tomás sentaram-se no banco dos réus previamente “condenados”? A TV Globo já os havia julgado; ou alguém guarda alguma perplexidade?

Não se está aqui a dizer se a condenação foi justa ou não. Isto é outra história. O que se afirma é que os jurados, no íntimo das suas consciências, já tinham, previamente, sofrido maciça campanha indicando os réus como “culpados”.

Importa salientar, destarte, que em situações como a indicada, de nada valeria o desaforamento em razão da penetração da televisão em todo o território nacional e da popularidade que o artista de novela (no caso referido, a vítima) ou o jogador de futebol goza no meio do “povão” e, até mesmo, no seio da classe média menos esclarecida em geral.

Porém, para as pequenas cidades, o desaforamento ainda continua a funcionar como remédio processual adequado na busca de um julgamento justo, pois a repercussão do crime não transpõe os limites do município respectivo.

⁵ Parecer acolhido, por unanimidade, cujos fundamentos passaram a integrar o v. acórdão na forma regimental. (In *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 6, 1992, pp. 393 e seguintes).

8. O art. 424 do CPP indica uma terceira causa capaz de justificar a medida extrema. Ela está voltada para a segurança pessoal do réu. Desde que haja risco para a vida ou para integridade física do acusado, ocorrerá motivo para desaforar. De certa forma, esta terceira hipótese já estaria abrangida pela anterior (dúvida sobre a imparcialidade do júri), pois demonstra uma grande animosidade contra o réu no sítio do crime, muito embora apresente a particularidade de que os “justicheiros”, sejam apenas parentes, amigos ou mesmo conhecidos da vítima, necessariamente, não irão influir no ânimo dos jurados. Daí que a lei, acertadamente, houve por bem destacar esta terceira causa como motivadora do desaforamento. No exemplo a que me referi linhas acima (7, *supra*), o réu teve que ser transferido para outra cidade onde pudesse usufruir de maior segurança na prisão local.

9. O parágrafo único do art. 424 do CPP prevê uma situação especialíssima que pode ensejar o desaforamento. Ela se dá caso “o julgamento não se realize no período de um ano contado do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa”. No caso vertente o desaforamento só poderá dar-se a requerimento do réu ou do Ministério Público, diversamente do que ocorre na cabeça do dispositivo, onde se admite que a medida possa ser tomada também por iniciativa do juiz “mediante representação”.

É evidente que se o réu (e/ou sua defesa técnica) haja concorrido para o retardamento do feito, seu requerimento não poderá merecer deferimento, partindo do princípio segundo o qual ninguém poderá extrair benefício da sua própria torpeza.

10. Quer sob a forma de requerimento, quer mediante representação do juiz caberá ao Tribunal de Apelação (*rectius*, de Justiça) o julgamento a respeito do desaforamento pretendido. O RITJRJ⁶ traça normas para a matéria nos seus arts. 22, II, 50, § 2º, “o”, 60, X e 148 a 157, dispondo, de forma minuciosa, a respeito não só do seu procedimento como também em razão dos seus efeitos. Assim, entre outros ordenamentos, fica-se sabendo que o desaforamento independe de inclusão em pauta para ser julgado, que ele goza de preferência para julgamento, que o requerimento de desaforamento deve ser dirigido ao 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, bem como que a ouvida do Ministério Público é obrigatória, como aliás consta da lei processual penal (art. 424 do CPP).

Qual órgão do Ministério Público é dotado de atribuição para officiar no feito?

Compete em nosso Estado (RJ), às Câmaras Criminais insuladas processar e julgar os desaforamentos de processos sujeitos aos tribunais do júri (art. 8º, I, “d” do RITJRJ)⁷ e, em conseqüência, officia no processo o Procurador de Justiça lotado ou designado naquele órgão colegiado do Tribunal, seguindo os critérios de distribuição estabelecidos no art. 21 da Lei nº 8.625, de 12.II.1993 (LONMPE).

⁶ Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999, Editora Lumen Juris, organizado por PAES, Luiz Claudio Esperança.

⁷ *Apud* RITJRJ in nº 05, dessas notas.

É certo que a atribuição do órgão de atuação do Ministério Público não guarda qualquer vinculação obrigatória com a competência do juiz (ou do órgão colegiado) junto ao qual servir. É apenas por razões de ordem prática (e de bom senso), que, como no caso em estudo, se estabelece a norma paralela. Não há, destarte, qualquer razão ontológica vinculando a atribuição do órgão do *Parquet* ao juiz singular ou a juízo colegiado junto ao qual atue. Caso contrário, o Poder Judiciário estaria regulando a atribuição do Ministério Público.

Nada impede, assim, que o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, na forma do art. 19, I, “d” da Lei Complementar nº 106, de 3.I.2003, venha a estabelecer regramento diverso, baixando o Procurador-Geral de Justiça Resolução dispondo em contrário, de acordo com o que ficar deliberado pelo Colegiado maior da Instituição.

Referi-me à situação dos Estados em geral, e, de modo especial, ao Estado do Rio de Janeiro, mas pode ocorrer que o desaforamento venha a ter lugar perante a Justiça Federal nos casos de Júri Federal, cabendo, então, ao Tribunal Regional Federal respectivo, após ouvir o órgão do Ministério Público revestido de atribuição (Procurador-Chefe ou quem lhe fizer as vezes), decidir a respeito da medida pretendida.

11. Dispõe a lei que o Tribunal poderá desaforar o julgamento para comarca ou termo próximo, onde, como óbvio, não subsistam os motivos que deram azo ao procedimento.

O Código faz referência ao vocábulo “termo”. Tanto quanto me foi dado examinar, as leis de organização judiciária de diversos estados já não mais fazem referência ao termo a que alude a lei processual. “Termo judiciário é a extensão territorial em que um ou mais juízes têm competência em razão do lugar; pode corresponder a um território menor que uma comarca”⁸. Por seu turno, TOURINHO ensina que no termo atuava um juiz de alçada para, no campo penal, processar e julgar contravenções ou crimes apenados com detenção. Nele oficiava um juiz, denominado Pretor, Juiz Municipal ou Juiz Preparador, que jamais presidia as sessões do Júri, pois esta era função privativa do Juiz de Direito da Comarca a que pertencesse o termo. Ele, Pretor, também poderia preparar o feito relativo a crimes apenados com reclusão até o julgamento, exclusive⁹.

O Código exige que o desaforamento se faça para “comarca ou termo próximo”. Isto significa dizer que, na hipótese de o Tribunal indicar comarca distante (não importa a razão), sua decisão exige fundamentação pois estará excepcionando a regra geral. A jurisprudência do Pretório Excelso e do STJ é, toda ela, no sentido de que a exclusão da comarca mais próxima deva ser fundamentada¹⁰. GUILHERME DE

⁸ MAGALHÃES, Humberto Piragibe e MALTA, Cristóvão Tostes. *Dicionário Jurídico*, vol. 2, p. 954, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2ª edição.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*, vol 2, p. 55, Editora Saraiva, 5ª edição, 1999.

¹⁰ Vide RTJ 34/588, 47/471, 71/26, 131/588, 153/182, 160/851 e 168/491. No mesmo sentido STJ, REsp. 298, 6ª Turma, *apud op. cit.* in nº 02 dessas notas, p. 355.

SOUZA NUCCI¹¹ considera inafastável a escolha de comarca próxima àquela onde o julgamento deveria ser realizado, considerando a eleição de foro distante inconstitucional por ferir o Princípio do Juiz Natural. TOURINHO¹², citando o RITJSP (art. 127, § 1º), assinala que nada impede possa o Tribunal indicar comarca distante, desde que a decisão seja fundamentada.

Não se pode negar que, diante da jurisprudência de nossos Tribunais Superiores e de farto material doutrinário, a comarca ou termo próximo, onde, como é intuitivo, não subsistam os motivos que levaram ao desaforamento, é a que deve ser indicada para julgar o feito. Aliás, a interpretação literal do art. 424 do CPP não pode levar a outra conclusão.

No entanto, cabe-me indagar: a lei fez a melhor opção ao eleger a comarca próxima para o recebimento do processo desaforado?

Parece-me que o fundamental não é a proximidade do lugar da ocorrência delituosa, como diz a lei, mas sim a necessária isenção do julgamento. Isto é o que sobreleva. Nesse sentido, o lúcido voto do sempre lembrado Ministro Cordeiro Guerra¹³. Dessa forma, o deslocamento *per saltum*, muitas vezes, terá que ser exigido para que se possa atingir um julgamento justo, finalidade maior do instituto que estamos a estudar.

Melhor teria dito o legislador se optasse pela expressão “local onde possa ocorrer um julgamento isento”, deixando-se ao juiz a faculdade da indicação do lugar para onde o feito haveria de ser desaforado. É que, nas comarcas mais próximas, dependendo das circunstâncias do caso, podem ainda subsistir motivos que venham afetar a justiça do julgamento. Assim, dispensar-se-ia da parte do magistrado longa fundamentação para afastar-se da designação da comarca mais próxima. Bastaria a simples indicação por parte do juiz do local em que se poderia colher um julgamento isento.

Nesse sentido, vale o registro das excelentes razões de desaforamento ofertadas pelo Promotor de Justiça, Rodrigo de Almeida Maia¹⁴, no pedido de desaforamento com efeito suspensivo apresentado pelo Ministério Público, para o julgamento de Júlio Avelino de Oliveira Neto, onde se salientava haver sérias e fundadas dúvidas acerca da imparcialidade do Júri da Comarca de Vassouras, local em que o réu e sua família são conhecidos como pessoas de índole extremamente violenta. No caso, o desaforamento foi pedido para uma das Varas do Tribunal do Júri da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. A razão do pedido consistia no fato de que seria inócuo o deslocamento do julgamento de Júlio Avelino para uma comarca próxima de Vassouras, pois o poderio

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza, in *Código de Processo Penal Comentado*, p. 690, nº 128, 3ª edição, 2004, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

¹² *Apud op. cit.* in nº 08, dessas notas, p. 37.

¹³ *Cf. RTJ* 76/710, *apud Júri*, PORTO, Hermínio Alberto Marques, p. 106, Revista dos Tribunais, 5ª edição.

¹⁴ MAIA, Rodrigo de Almeida, razões publicadas na *Revista do Ministério Público* nº 21/2005, 3ª fase, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pp. 305/315.

econômico e político da família Avelino ultrapassa os limites territoriais da cidade, atingindo todas as comarcas próximas onde possuem inúmeras fazendas de criação de gado entre outras propriedades.

Averbe-se que, em casos que tais, o Tribunal não estaria obrigado a acolher o local indicado pelas partes ou mesmo pelo juiz como revestido de isenção para o julgamento, se entendesse que a comarca próxima não estaria afetada na sua isenção para proceder ao julgamento.

Aliás, a própria lei, atenuando a determinação de que o julgamento se faça em comarca ou termo próximos, afirma também que ele poderá ocorrer onde não subsistam os motivos que justificaram o pedido, redação que, sem dúvida, mitiga o rigor da exigência da necessária contigüidade.

12. No que se refere à legitimidade para requerer o desaforamento, o art. 424 do CPP alude a “qualquer das partes”. Portanto, está, em princípio, a referir-se ao Ministério Público e ao réu. No entanto, casos haverá em que a medida poderá ser postulada pelo querelante ou pelo querelado, desde que se trate da chamada ação privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP). Em ocorrendo tal situação, o Ministério Público, ainda que não tenha aditado a queixa, terá que “intervir em todos os termos do processo”, pois a ação penal é pública (e não privada, como diz a lei), sendo de todo imprópria a designação “ação privada” usada pelo Código¹⁵. Dessa maneira, desde que o *Parquet* vislumbre qualquer razão que possa desaconselhar o desaforamento, deverá externar manifestação contrária à providência, mesmo que atue como mero *custos legis*.

É de se perguntar: o assistente do Ministério Público poderá requerer o desaforamento?

A doutrina, em geral, tem admitido a possibilidade de o assistente solicitar a providência. TOURINHO¹⁶ não vislumbra qualquer razão impeditiva. No mesmo sentido, o entendimento de GUILHERME DE SOUZA NUCCI¹⁷ que não vê cabimento para o cerceamento da sua atuação. Esta também é a linha de pensamento de HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO¹⁸, sem dúvida um dos maiores estudiosos a respeito da instituição do Júri.

O próprio Supremo mostra-se dividido diante do assunto, ora sustentando a impossibilidade (*RTJ* 56/381), ora admitindo a legitimidade do assistente (*RTJ* 47/35 e 154/135)¹⁹.

Ao meu pensar é incabível a provocação do assistente no sentido de desaforar o feito, por três razões que me parecem relevantes: a primeira voltada para o exame da

¹⁵ Para um exame mais aperfeiçoado da crítica, veja-se o meu estudo “A queixa subsidiária – questões controversas”, in *Revista da AJUFE*, da “Associação dos Juizes Federais”, nº 62, julho-setembro de 1999, Edições O. L. M.

¹⁶ *Apud op. cit.* in nº 08, dessas notas, p. 59.

¹⁷ *Apud op. cit.* in nº 10, dessas notas, p. 123.

¹⁸ *Apud op. cit.* in nº 12, dessas notas, p. 115.

¹⁹ *Apud op. cit.* in nº 02, dessas notas, p. 355.

taxatividade do art. 271 do CPP, que especifica os casos em que a intervenção do assistente pode ocorrer. Se assim não fosse não se justificaria o casuísmo do aludido art. 271 do CPP, tudo a demonstrar que a enumeração ali contida é de direito estrito. O segundo motivo prende-se ao fato de que ao assistente não interessa um julgamento imparcial, esbarrando, assim, na exigência indicada no proêmio do art. 424 do CPP. Por fim, resta assinalar que o assistente, segundo penso, não é parte no processo penal e, pois, não está incluído entre os sujeitos processuais que podem pretender o desaforamento nos termos do art. 424 da lei processual. O assistente revela-se, do ponto de vista processual, como sendo a única modalidade de intervenção de terceiro no processo penal, fazendo-se presente, *ad coadjuvandum tantum*, com limitados poderes de gestão processual²⁰.

No caso do parágrafo único do art. 424 do CPP *somente as partes* poderão requerer o desaforamento.

As condições estabelecidas no dispositivo citado são de duas ordens: a) no caso de o julgamento não se realizar no período de um ano, contado da data do recebimento do libelo; b) condicionada ao fato de que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa. A razão da última exigência prende-se à circunstância de que ninguém se pode valer da própria torpeza para obter uma vantagem. É velho brocardo: “*turpitudinem suam allegans, non est audiendus*”. Caso assim não se desse, o réu (e/ou sua defesa), agindo de má-fé, conseguiria deslocar a competência territorial (violando, nesse passo, o Princípio do Juiz Natural), ao criar toda a sorte de expedientes protelatórios e incidentes processuais, buscando levar o julgamento para um outro local onde vislumbrasse obter vantagem.

Além do requerimento das partes, o ato de desaforar pode ser empreendido “mediante representação do juiz”. Em tal situação processual o juiz age de ofício, não necessitando de reclamo das partes. A palavra representação no processo penal reveste sentido variegado. Aqui, no caso em exame, cogita-se de ato processual emanado de juiz do júri postulando ao Tribunal no sentido de desaforar o julgamento para comarca ou termo próximo em razão da ocorrência de circunstâncias que o art. 424 da lei processual enumera. Nada mais é que uma exposição de motivos em que o juiz apresenta ao Tribunal seus fundamentos no objetivo de desaforar o feito²¹.

O Tribunal, por razões evidentes, quer no caso de requerimento quer no caso de representação, não estará obrigado a deferir o desaforamento caso não o entenda

²⁰ Caso haja interesse, o leitor encontrará a matéria estudada com vagares, em meu ensaio intitulado “A taxatividade das atribuições do assistente do Ministério Público”, in *Serviam Juris*, Revista Jurídica do ISPED (Instituto Superior de Pesquisa e Ensino de Direito), pp. 43 e sgts., Editora Universitária Santa Úrsula (EDUSU), Rio de Janeiro: 2004, ano 2, nº 1. Edição comemorativa dos 65 anos da Universidade Santa Úrsula e dos 25 anos do Curso de Direito.

²¹ A propósito do sentido do vocábulo “representação” usado na lei processual penal com diversos significados, o interessado no estudo encontrará algumas observações em meu livro *Processo Penal - Reflexões*, pp. 207 e sgts., Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2002.

cabível. Da mesma maneira, em deferindo a pretensão, não estará vinculado à comarca indicada pelas partes ou mesmo pelo próprio juiz.

13. Cabe recurso contra a decisão que indefere o desaforamento?

A lei não previu recurso para combater a decisão que acolhe ou indefere o requerimento de desaforamento.

Suponha-se, no entanto, que a decisão venha a apresentar-se injusta ou, ainda, manifestamente ilegal. Haverá possibilidade do enfrentamento efetivar-se através de *habeas corpus*?

Cabe, à moda dos Escolásticos, distinguir. Se o *decisum* não reveste qualquer vício formal, isto é, se a manifestação do Tribunal deu-se de maneira fundamentada, analisando o fato e o direito, de acordo com a primeira parte do art. 617 do CPP, nada poderá ser feito para impugná-la, pois a matéria de fato não haverá como ser discutida, com profundidade, na via angusta do remédio heróico. Porém, se o acórdão carecer de fundamentação, viável será o *habeas*, dada a inépcia da decisão (art. 617, proêmio, do CPP c/c 93, IX da CF). O caso, então, seria de nulidade do julgamento (art. 564, III, “m” do CPP) dando margem a que ele seja renovado, desde que reconhecido o vício puramente formal, que não atinge a substância da matéria em disputa.

14. Desde que o requerimento seja apresentado pela acusação, impõe-se a oitiva da defesa. A Súmula 712 do STF dispõe ser nula “a decisão que determina o desaforamento do processo da competência do Júri sem audiência da defesa”. Tal ouvida deverá dar-se, desde logo, no primeiro grau de jurisdição. Caso tal não ocorra, caberá ao Tribunal proceder de acordo com o art. 616, parte final, c/c art. 3º do CPP, antes de apreciar o pedido de desaforamento.

Entendo, da mesma forma, que se o requerimento partir da defesa, a acusação, igualmente, terá direito de manifestar-se sobre ela. De igual modo, mesmo no caso de representação do juiz, ambas as partes deverão ser ouvidas a respeito da manifestação jurisdicional. Em qualquer caso, reafirme-se, somente o Tribunal poderá decidir se desafora ou não a causa penal.

15. Uma vez apresentado o requerimento de desaforamento, terá ele efeito suspensivo a ponto de impedir o julgamento pelo Júri? A lei não lhe atribuiu tal efeito, podendo, assim, o juiz indeferir a postulação naquele sentido, e, ao fazê-lo, não precisa aguardar o desfecho da pretensão de desaforar manifestada pela parte. Nesse sentido, veja-se manifestação do Supremo, por ocasião do julgamento do HC 61.299, *in DJU* de 13.4.84, p. 5629²². Aqui, impõe-se, mais uma vez, estabelecer uma distinção: se o pedido de desaforamento decorrer de representação do juiz, penso que, por mera questão de coerência, o magistrado deverá sobrestar o julgamento até que o Tribunal decida a matéria.

²² Consulta jurisprudencial, *apud op. cit. in* nº 02, dessas notas, p. 355.

Parece-me, no entanto, que o bom senso aconselha que o julgamento, em qualquer caso, só deva realizar-se após a manifestação da instância superior, evitando-se com isso perda de tempo caso o feito venha a ser desaforado, principalmente porque, de todos sabido, o Júri, para instalar-se, exige uma parafernália de providências que de nada valeria se, posteriormente, viesse a ser acolhida a pretensão de desaforar. É de assinalar, ainda, que, embora a lei não confira efeito suspensivo ao requerimento, não o proíbe. Daí que será possível que o Regimento Interno do Tribunal venha a prever a providência. Nosso Regimento Interno (RJ), embora assinalando que o requerimento (ou a representação) não tem efeito suspensivo, prevê a possibilidade de o relator ordenar que fique susgado o julgamento, até decisão final, desde que haja sério risco de conturbação da ordem pública (art. 150). Embora parcimonioso (refere-se, apenas, à conturbação da ordem pública), admite o efeito suspensivo²³ e²⁴. Além disso, haverá da parte do relator mera faculdade de impedir ou não o julgamento.

Lembro uma situação em que, a meu sentir, desaconselha-se o efeito suspensivo. Tal se dará quando houver risco iminente da superveniência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do fato.

16. Em que momento o desaforamento pode ser requerido?

A doutrina tem entendido que o desaforamento só pode ocorrer desde que o processo esteja preparado para ser julgado pelo Júri. Assim, impossível pretendê-lo antes da pronúncia. Destarte, o *judicium accusationis* há que estar concluído. Não se concebe, dessa forma, a ampliação do momento adequado para a fase de instrução preliminar, durante o juízo de formação de culpa. Da mesma forma, uma vez julgado pelo tribunal popular, não importa o resultado, a parte não mais poderá, mediante apelo, buscar um segundo julgamento em outro foro. O deslocamento do foro, após o veredicto, significaria um atentado à soberania do Júri. Violaria, da mesma forma, o Princípio da Lealdade Processual, pois a parte ficaria aguardando o resultado do julgamento para escolher a providência a tomar. Caso este lhe fosse favorável, nada argüiria; se prejudicial o julgado, suscitaria o desaforamento. O Princípio do Juiz Natural restaria flexível, ficando à mercê da conveniência do interessado. O réu acabaria escolhendo o foro do seu interesse, desde que o julgamento anterior lhe trouxesse gravame.

Indago: e se, posteriormente, surgissem motivos para a providência? Explico-me: somente após o julgamento viessem a ser conhecidos fatos que invalidariam o veredicto do Júri?

O caminho a seguir, ao meu pensar, não seria o do desaforamento mas sim o da revisão criminal (art. 621 do CPP) uma vez transitada em julgado a decisão condenatória.

²³ *Apud op. cit. in* nº 05 dessas notas.

²⁴ O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em seu art. 219, § 6º estabelece a suspensão da ação penal até a apreciação do pedido pelo Tribunal. *Apud op. cit. in* nº 08, dessas notas, p. 58.

Ouçã-se, mais uma vez, a voz autorizada de HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO para quem não é vedada a apresentação do pedido após o julgamento que tenha sido anulado na comarca da infração, “pois podem surgir fatos novos dando amparo ao pedido”²⁵.

Como posto em relevo, o desaforamento atinge somente o julgamento, não abrangendo a instrução criminal. Aliás, a interpretação literal do art. 424 do CPP leva-nos a tal conclusão, pois a lei usa a expressão “desaforar o julgamento”.

BORGES DA ROSA²⁶ sustenta que “desaforar o julgamento” não se refere somente ao ato do julgamento, podendo abranger, igualmente, o processo, compreendendo os atos da “instrução criminal”, partindo do princípio de que os motivos da providência, como, *v.g.*, a segurança do réu pode ser afetado desde o início do processo. Trata-se de afirmação irrefutável.

Cogita-se de posição interessante e original, pois dúvida não pode haver que as razões que se fazem presentes no art. 424 do CPP (segurança pessoal do réu, interesse da ordem pública *etc.*) normalmente não surgem de uma hora para outra, podendo contaminar a ação penal desde o seu início.

Sou extremamente simpático a tal colocação do eminente processualista gaúcho, embora reconheça que a lei não a ampara. Caso ela, ao invés de referir-se somente ao julgamento, houvesse estabelecido que o desaforamento poderia dar-se, igualmente, no curso da instrução criminal, a posição do ilustre professor mereceria total aceitação.

Reconheço, porém, grandes dificuldades na aplicação prática do ensinamento de BORGES DA ROSA, pois as testemunhas teriam que ser, em regra, inquiridas mediante precatória (art. 222 do CPP), correndo, assim, os mesmos riscos atuais, salvo se manifestassem aquiescência em deslocar-se para o foro desaforado.

É preciso ter em conta que se a competência *ratione materiae* não sofre modificação (é de Júri para Júri), somente a competência *ratione loci* vem a ser alterada, ao deslocar-se o julgamento para outra comarca. No entanto, as testemunhas permaneceriam no foro do local do fato. Como deslocá-las para novo lugar do julgamento, uma vez que inquiri-las mediante precatória não afastaria os perigos indicados?

17. É possível o reaforamento?

Uma vez desaforado o julgamento, não mais se admitirá o reaforamento, isto é, o retorno do feito ao foro de origem. Mesmo que antes do julgamento tenham desaparecido os motivos que determinaram o desaforamento, fica proscrita a volta do julgamento ao foro inicial.

²⁵ PORTO, Hemínio Alberto Marques. *Júri*, p. 109, Editora Saraiva, 2001. O referido autor traz à colação, em favor da sua posição, decisão emanada do Pretório Excelso: *RTJ* 68/361-5.

²⁶ ROSA, Inocêncio Borges. *Processo Penal Brasileiro*, vol 3º, p. 17, Of. Graf. Da Livraria do Globo, Barcellos, Bertaso & Cia, Porto Alegre: 1942.

É certo que a lei não vedou expressamente o reaforamento. Aliás, dele não cogitou. Mas repugna o bom senso que o julgamento possa andar de seca em meca, com grave prejuízo para a sociedade, tanto mais que o procedimento do Júri, por si mesmo, já é extremamente formal e demorado, cercado que é por um sem-número de providências inconcebíveis para a época em que vivemos.

Convém assinalar, no entanto, a possibilidade, rara não há dúvida, de ocorrer novo desaforamento na comarca para onde o feito criminal foi desaforado. No entanto, ele sempre se dará para local diverso daquele em que se deu o desaforamento originário. Pode-se afirmar que se trata de questão acadêmica, tendo em conta que o foro desaforado foi escolhido justamente por inocorrerem nele as causas indicadas no art. 424 do CPP, que justificaram o deslocamento.

18. Não se pode negar a importância que a representação do juiz oferece, quando dele partida a providência de desaforar. Aliás, em qualquer caso, mesmo quando a medida é pretendida por qualquer das partes, o magistrado será obrigado a prestar “informação”, para usar os dizeres da lei (art. 424, *caput*, do CPP). Ninguém melhor do que ele se encontrará apto para informar, com total isenção, da conveniência ou não da medida. Porém, se o pedido de desaforamento tiver por base a situação prevista no parágrafo único do art. 424 do CPP, a informação do juiz poderia parecer dispensável, bastando à parte provar o decurso do prazo ali referido sem que o julgamento tenha sido realizado. No entanto, impõe-se que, ainda assim, o Tribunal colha informações do juiz para que ele esclareça se a demora decorreu por culpa do réu ou da defesa.

19. Quer mediante requerimento, quer mediante representação, caberá a indicação da parte ou do juiz, conforme o caso, da “comarca ou termo próximo” para onde pretende que a causa penal seja desaforada. É certo que a lei não diz expressamente que tal providência deva ser relacionada pela parte ou pelo juiz. Alude, apenas, à “comarca ou termo próximo” sem maior especificação. A omissão, no entretanto, não impede que o Tribunal, ao deferir a medida, indique livremente a comarca que receberá o processo. Aliás, mais uma vez, é bom assinalar que o Tribunal não está vinculado à indicação das partes ou do juiz, mesmo quando eles declinem a comarca de sua eleição.

20. BORGES DA ROSA²⁷ entende ser conveniente a providência no sentido de pedir informações às autoridades locais bem como a funcionários graduados do município em que o crime ocorreu, para que informem a respeito da repercussão do fato no meio social e sobre a eventual influência que os jurados possam sofrer por ocasião do julgamento.

Entendo, *data venia* do eminente processualista, que se trata de superfetação, bastando as informações constantes dos autos e o pronunciamento das partes e do juiz para que o desaforamento resulte bem instruído. Não se pode ignorar que o rito do

²⁷ *Apud op. cit.* in nº 25, dessas notas, pp. 32-33.

Júri, por si mesmo, já é, por demais, longo e sujeito a minúcias. Não vejo razão para prolongá-lo ainda mais.

21. Questiona-se ainda: é possível o desaforamento para outro Estado?

Tenho como inadmissível o desaforamento para comarca de outro Estado. E a razão soa-me de rara singeleza: é que, pelo pacto federativo, faltaria jurisdição para o Tribunal de um Estado indicar em que comarca deveria ser julgado um feito criminal perante outra unidade da Federação. A comarca a ser indicada, necessariamente, terá que situar-se nos limites do Estado onde o fato ocorreu, mesmo que a comarca mais próxima esteja situada em Estado vizinho.

22. O requerimento pode ser feito após protesto por novo júri. Esta é a opinião de HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, em edição antiga (1980) de seu conhecido livro “*Júri*”, referido em obra recente de DAMÁSIO²⁸. Ouso afastar-me de tal posicionamento. A medida, de caráter extraordinário, apresenta momento próprio para ser pretendida (16, *supra*). Por tal razão, torna-se incabível seja ela postulada no recurso interposto contra a decisão processual de pronúncia ou, ainda, por ocasião de apelação. Por igual motivo, não se concebe o protesto, após um veredicto que foi desfavorável ao réu em razão da pena que lhe foi imposta (art. 607 do CPP). O réu dispôs de tempo de sobra para pretender o desaforamento. Não o fez, aguardando o deslinde da causa. Como este não lhe foi favorável, toma a iniciativa de desaforar. Tal proceder fere o Princípio da Lealdade Processual, além de atentar contra o Princípio do Juiz Natural que se tornaria aleatório.

Ao lado de tais argumentos, há que ser registrado que o desaforamento é remédio processual dirigido para *ambas* as partes (art. 424 do CPP) enquanto o protesto é “privativo da defesa”, ocorrendo, assim, um empecilho técnico. Além de tudo o que ficou dito, feriria o Princípio da Igualdade das Partes, em caso não contemplado na lei.

Outro argumento: interposto o protesto por novo júri, subsiste o veredicto, persistindo a pena imposta até ulterior julgamento do tribunal popular. Em outras palavras: o processo de declaração e de conhecimento continua em curso, fato que impede o desaforamento. A própria soberania do veredicto anterior seria maculada, deixando-se ao réu condenado escolher o local onde desejaria ser julgado, após ver-se condenado. Haveria, destarte, *principaliter*, frontal violação ao Princípio do Juiz Natural, como mencionado acima.

E se, após o julgamento final, viessem a ser descobertas notícias que justificassem a invalidação do veredicto, uma vez trânsita a condenação?

²⁸ *Apud op. cit. in* nº 02, dessas notas, p. 355.

Não vislumbro solução outra que não seja a via da revisão criminal, como remédio para sanar a injustiça ou nulidade da decisão, desde que a hipótese viesse a subsumir-se em uma das situações elencadas no art. 621 do CPP²⁹.

23. Não se concebe o desaforamento em relação às causas afetas ao juiz singular. Nem mesmo pode imaginar-se o recurso à analogia. O juiz, quando suspeito (art. 254 do CPP) ou quando impedido (arts. 252 e 253 do CPP), caso não se abstenha de atuar (abstenção *ex officio*), poderá ser afastado através de exceção de suspeição (art. 112 c/c 95, I a 108 do CPP). Note-se que aqui está em jogo somente competência de juiz, ao passo que no desaforamento, em razão das peculiaridades que cercam o julgamento pelo Júri, a providência irá alcançar a competência de foro.

24. Uma vez desaforado o feito, passa ao juiz para onde o processo foi remetido a competência plena para decidir qualquer matéria relacionada com a causa penal, incluindo-se, como é natural, providências de natureza cautelar que guardem pertinência com o feito desaforado, sejam elas de natureza pessoal, sejam elas de natureza real.

Aqui pode surgir um problema delicado que exige certo cuidado no seu exame. Suponha-se que o juiz (ou as partes) haja tomado a iniciativa de desaforar o processo. No entanto, o Tribunal ainda não decidiu a representação do juiz ou requerimento da parte, conforme o caso. Acontece que, embora o juiz tenha suspenso o andamento da ação penal, venha a surgir um incidente processual (uma cautelar, por exemplo) que esteja a exigir rápida decisão. Como proceder? Segundo meu entendimento, caberá ao juiz originário da causa dirimir a questão uma vez que, *si et in quantum*, continua ele a ser o juiz natural do processo, até o momento em que o Tribunal venha a manifestar-se a respeito do desaforamento.

25. Os anais de jurisprudência registram singular caso de desaforamento. Fundado no interesse público justificou-se o desaforamento do julgamento de réu atacado por lepra para comarca que dispunha de serviço de profilaxia para aquele mal³⁰. Como observado, o julgador optou, para fundamentar sua decisão, no “interesse público”, expressão bastante abrangente como já registrado (6, *supra*). Na verdade, o caso em questão não se enquadrava em qualquer das causas que motivam o desaforamento, pois não haveria razão para que se temesse a grave perturbação para ordem pública por ocasião do julgamento. Encontrou-se para a hipótese uma solução de equidade, buscando a decisão pretoriana, sob a égide genérica do “interesse público”, acudir a uma situação peculiar envolvendo o réu, de maneira a julgá-lo em local onde seu tratamento

²⁹ Para uma observação mais detalhada a respeito das peculiaridades da revisão criminal, quando em exame as decisões emanadas do júri, o leitor interessado encontrará algumas observações singulares em meu estudo, “A Revisão Criminal - cinco temas provocativos”, in *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 58, Jan.-Mar./2004, pp. 69 e sgts.

³⁰ Desaforamento nº 254, de 26.6.53, da Câmara Criminal do Tribunal de Minas Gerais, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo: vol. 219, p. 257, *apud Código de Processo Penal Brasileiro -Anotado*, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. vol. 4, p. 339, Editor Borsoi, Rio de Janeiro: 1965.

de saúde não se visse prejudicado, pouco importando se situado em comarca próxima ou não. Caso típico de solução por equidade, sob color de proteção ao interesse público.

26. Algumas considerações finais a respeito do desaforamento. Muitas legislações não o admitem. Em outras, tal como ocorre em nossa lei processual, ele é permitido em casos raros, indicados taxativamente na lei. TORNAGHI³¹, com base na doutrina de FAUSTIN HÉLIE, na França, KARL PETERS e EDUARDO KERN, na Alemanha, de FOSCHINI, de ALFREDO PAZZOLINI e de MANZINI, na Itália, evidencia o caráter excepcionalíssimo em que a providência pode ser tomada em diversos países. Nada mais natural que assim seja, por força das conseqüências da medida, que importa em derrogação da competência territorial fixada na lei processual, atingindo, por via reflexa, o Princípio do Juiz Natural, tutelado pela Carta Magna (art. 5º, LIII).

Abril de 2006.

³¹ FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2ª edição, tomo 8º, pp. 565 e sgts; Karl Peters Strafprozess, 115; KERN Eduard, *Strafverfabrensrecht*, 6ª edição, p. 33; FOSCHINI, *Sistema del Diritto Processuale Penale*, I, p. 287; PAZZOLINI, Alfredo, *Codice di Procedura Penale* (ilustrato articolo per articolo, sotto la direzione del prof. Ugo Conti), vol 1º, pp. 250 e sgts e MANZINI *in op. cit.* em o nº 03, dessas notas, 2º vol., pp. 167 e sgts., *apud Revista de Direito Penal*, vol. 28, pp. 119 e sgts, Forense, Rio de Janeiro: 1980. Na referência à doutrina alemã, o Autor alude ainda ao período das duas Alemanhas.

O novo regime legal do interrogatório¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Com o advento da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, a disciplina legal do interrogatório judicial vem de sofrer profundas alterações ao permitir-se a participação das partes naquele relevante ato processual.

2. Antes de examinar a nova lei, impende tecer algumas considerações a respeito da natureza jurídica do interrogatório.

A matéria sempre foi objeto de tertúlia entre os estudiosos do processo penal, embora, na prática, uma vez adotado, em nosso Código, o sistema do livre convencimento do juiz (art. 157 do CPP), o tema não merecesse tanta ênfase.

Não seria, assim, pelo fato de o réu quedar-se silente que o juiz iria absolvê-lo nem tampouco em função da sua confissão que o magistrado haveria de condená-lo.

Porém, sempre lavrou grande controvérsia no meio da doutrina a respeito da natureza jurídica do interrogatório, embora, repito, sem grande interesse prático.

Examinando a questão, tive a ocasião de assinalar:

“No regime do Código, o interrogatório viu-se inserido entre os meios de prova (Capítulo III, do Título VII, do Livro I, nos artigos 185 a 196). A “Exposição de Motivos” do CPP, em seu nº VII, é expressa ao afirmar que ‘outra inovação em matéria de *prova*, diz respeito ao interrogatório do acusado...’ Mesmo antes do advento da Carta Política de 1988 já reinava discussão no seio da doutrina a respeito da natureza jurídica do interrogatório, não sendo poucos os doutrinadores que viam aquele ato do processo como meio de defesa do réu. Com efeito, não se pode negar que é através do interrogatório que o réu realiza, de forma mais efetiva e completa, a autodefesa. É, sem dúvida, o ato mais expressivo de defesa material.

Sempre entendi que a disputa apresentava mais interesse doutrinário que prático, pois, diante do sistema da livre convicção motivada adotado em nossa lei processual, o valor do ato seria relativo, podendo o juiz

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 21, p. 199-214, jan./jun. 2005.

apreciá-lo como entendesse cabível diante do caso concreto, pouco importando sua posição teórica a respeito da matéria.”²

Não há negar que nossa Constituição Federal, assegurando ao réu o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), emprestou ao interrogatório, sem sombra de dúvida, um colorido nítido de ato de defesa, que, agora, com a Lei que estamos examinando, volta a perder terreno para que se vislumbre naquele ato, igualmente, um importante meio de prova.

3. A Lei 10.792/2003, como tantas outras recentemente elaboradas, não prima pela boa técnica legislativa. Com efeito, ela integra as chamadas reformas setoriais que, há muito, vêm sendo implementadas em nosso Código de Processo Penal, dando nova feição a diversos assuntos nele regulados. O novo diploma legislativo misturou matérias que não guardam qualquer relação entre si. Com efeito, seu artigo 1º está voltado para alterações da Lei 7210 de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal), ao passo que o art. 2º trata das alterações do Código de Processo Penal, relacionadas com o interrogatório em juízo (arts. 185 a 196) bem como formula nova redação aos arts. 261 e 360 do mesmo Código. Já em seus arts. 3º a 9º retoma a regulação da matéria de execução para, no art. 10, volver ao interrogatório, ao revogar o art. 194 do CPP. Como de fácil observação, trata-se de um primor de falta de técnica legislativa, ao reunir, de cambulhada, temas processuais diversos, agrupando numa mesma lei um *mélange* de atos relacionados com o processo de conhecimento com outros específicos do processo de execução. E, pior que tudo, cuida, inicialmente, de matéria de execução! Em outras palavras: começa pelo fim...

No presente estudo deixaremos de lado a matéria de execução, examinando, tão-somente, o interrogatório, razão de ser do presente estudo, bem como as alterações sofridas pelos arts. 261 e 360 do CPP.

4. Vem de longe o entendimento doutrinário que defendia o cabimento da intervenção do Ministério Público no interrogatório do réu à luz da Carta Magna de 1988. Em trabalho apresentado em 1992, por ocasião do XIII Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro³, o Professor WALBERTO FERNANDES DE LIMA salientava que o interrogatório do acusado sem a intervenção do *Parquet* seria um ato inquisitorial, já que presentes somente juiz e réu, pelo que se tornava incabível, diante do atual texto constitucional, que assegurou a aplicação do contraditório *em todos os níveis*, a ausência do Ministério Público. Baseado na tese do Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, Dr. Octavio Augusto Simon de Souza, quando da

² “A disciplina legislativa da prova penal”, in *Processo Penal – Reflexões*, pp. 18 e seguintes, nota 16, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

³ LIMA, Walberto Fernandes de, “Do cabimento da intervenção do Ministério Público no interrogatório do réu à luz da Constituição Federal de 1998”, in *Revista do Ministério Público*, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 02, 3ª fase, pp. 181 e seguintes, 1995.

realização do 9º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Salvador – Bahia, salientava aquele douto Promotor de Justiça fluminense que o “o advogado do réu faz perguntas à vítima, e isto se ela vier a sobreviver...”, não se justificando, assim, a quebra do contraditório.

5. Passemos, após tais considerações preliminares, ao estudo da nova lei, atendo-me, inicialmente, à parte referente ao interrogatório.

O grande mérito do novo diploma legal consiste na adaptação do Código de Ritos aos ditames preconizados na Carta Política de 1988. Por outro lado, a novidade maior reside no fato de assegurar-se a participação das partes naquele relevante ato processual, ainda que a lei não se tenha esmerado em imprimir à matéria uma redação mais precisa.

O art. 185, *caput*, prevê que o interrogatório do réu se fará “na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

Em deplorável omissão, deixa de lado o Ministério Público, parte autora nas infrações penais de ação pública.

Mas é evidente que sua presença torna-se indispensável, sob pena de violar-se a Constituição Federal, que assegura o devido processo legal e o contraditório (art. 5º, LV). Se as partes vão participar do ato que sejam ambas. Que ambas se façam presentes ao interrogatório, formulando perguntas se assim entenderem.

Por outro lado, nos crimes de ação penal de iniciativa privada, da mesma forma, deverá estar presente o advogado do querelante, pena de preempção (art. 60, III, proêmio, do CPP). No regime anterior, onde as partes não tinham ingerência direta no interrogatório, o não comparecimento do querelante e de seu advogado, segundo entendimento jurisprudencial, não acarretava a preempção⁴. Penso, porém, que nada impedia a presença do patrono do querelante, tendo em conta o mandamento inscrito no art. 394 do CPP.

Não chega a ser novidade a convocação dos interessados para o interrogatório. Com efeito, o art. 394 do CPP assinala como necessária a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante ou do assistente. Tal dispositivo encontra-se no chamado “processo comum” (Livro II, Título I, Capítulo I), que, como sabido, serve de subsídio para qualquer outra modalidade de procedimento.

De outra forma, merece registro que a ausência do defensor do acusado no interrogatório judicial, tanto quanto me foi dado saber, jamais foi motivo para anular qualquer processo. No sentido do texto, veja-se: STF, HC 67.609, *DJU* de 15.9.89, p. 14512; TACrim SP, *RJTACrim SP* 30/445⁵.

Na atualidade tal não se dá, tendo em vista a nova redação do art. 185 do CPP, que exige a presença do defensor do imputado, seja ele constituído, seja ele dativo.

⁴ JESUS, Damásio E. de, in *Código de Processo Penal Anotado*, p. 74, Editora Saraiva, 20ª edição, atualizada, 2003.

⁵ Indicação jurisprudencial na ob. cit. in nº 03 dessas notas, p. 310.

Na redação originária do Código de Processo Penal, a regra contida no art. 394 do CPP haveria de ser entendida como indicação facultativa da presença dos interessados tão somente para a fiscalização do ato, ao contrário do que ocorre na atualidade, em que sua atuação passou a ser participativa, pois lhes é facultado formular perguntas ao réu.

6. Outra inovação decorrente da nova lei vem contida no parágrafo primeiro do art. 185 ao permitir que o acusado preso seja interrogado no próprio estabelecimento prisional em que se encontra recolhido. Para tanto, haverá sala própria, com garantia para a segurança do juiz e de seus auxiliares, assegurando-se a presença do defensor e a publicidade do ato.

A providência, embora elogiável, dificilmente poderá encontrar aplicação na prática, dada a notória precariedade em matéria de segurança de nossos estabelecimentos prisionais, sempre às voltas com rebeliões, havendo, assim, sério risco para o juiz, para as partes e auxiliares que participarem do ato. Ela, sem dúvida, teve em mira evitar o deslocamento até o fórum de acusados portadores de grande periculosidade, objetivando impedir sua fuga ou eventual resgate por parte de comparsas, tal a audácia, como é notório, do crime organizado em nossos dias.

Talvez fosse de melhor alvitre que se estabelecesse o interrogatório por videoconferência (“*on line*”). Porém, torna-se compreensível a cautela do legislador, pois a jurisprudência, pelo menos até o momento, encontra-se dividida, havendo manifestações favoráveis ao interrogatório “*on line*” (TACrim SP, *RJTACrim SP*, 33/377) bem como outras no sentido da sua invalidade (TACrim SP, *RJTACrim SP* 33/382). Por sua vez, o STJ, chamado a manifestar-se sobre a matéria, não a vedou de todo, desde que a saída do réu do estabelecimento prisional venha a acarretar algum perigo (5ª Turma, *RT* 742/579)⁶.

Além das observações de ordem prática acima destacadas, haveria um fator complicador para a aplicação do parágrafo primeiro em comento. Refiro-me à publicidade do ato processual que ficaria seriamente afetada (art. 792 do CPP), pois, em regra, o juiz teria que limitar o número de pessoas que pudessem estar presentes ao ato, realizando-o a portas fechadas (art. 792, § 1º do CPP), uma vez que não seria possível permitir-se o ingresso no presídio de número indeterminado de pessoas, tal como ocorre no foro, para presenciar o interrogatório. A publicidade genérica, em tal caso, deixaria de ser a regra. Esta seguiria o comando contido no parágrafo primeiro do aludido art. 792, restando, assim, mitigado o princípio da publicidade dos atos processuais.

Mais uma vez o legislador omitiu-se quanto à presença do Ministério Público, referindo-se apenas ao juiz e auxiliares e ao defensor (parágrafo primeiro do art. 185 do CPP).

⁶ Indicação jurisprudencial na ob. cit. *in* nº 03 dessas notas, p. 172.

Será que o legislador ignora que o devido processo legal impõe o contraditório (art. 5º, LV, da CF)? Ou, ainda mais grave, inclui o *Parquet* entre os “auxiliares” do juiz?

Também, reafirme-se, não se poderá falar em publicidade plena de um ato, como afirma a lei, que, para toda evidência, é realizada nas condições indicadas no parágrafo primeiro do art. 185, em sua nova redação. Vale a ponderação no sentido de que a publicidade ampla é a regra do processo, não somente em razão da lei processual, mas, *principaliter*, por força do art. 5º, LX da Constituição Federal.

O direito de entrevista reservado ao réu com seu advogado antes da realização do interrogatório, agora garantido em lei (parágrafo segundo do art. 185), já era, na prática, concedido pelos juízes bons e zelosos. Vejo nele um complemento da garantia constitucional da ampla defesa. Em São Paulo, a Corregedoria-Geral da Justiça, por intermédio do comunicado n. 263/83 já recomendara aos juízes providência no sentido da “realização de entrevistas entre os réus e seus defensores antes do interrogatório judicial” (*D.J.E.* 10.12.83, p. 14)⁷.

A medida, agora legal, sem dúvida salutar, veio tornar obrigatório o contato do réu com o seu defensor, ainda que não venha a ser requerido pelo interessado. A redação do dispositivo em exame estabelece que o juiz “assegurará” o direito à entrevista. Faltou, porém, uma complementação importante ao preceito em exame; refiro-me à necessidade de que aquele contato, embora reservado ao réu e ao seu defensor, se faça em local onde haja total segurança de maneira a evitar eventual fuga ou algo mais grave, notadamente quando se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça ou quando o réu seja pessoa de alta perigosidade.

Averbe-se, ainda, que o “Estatuto da Advocacia e da OAB” (Lei 8.906, de 04.07.1994), em seu art. 7º, III, já assegurava ser direito do advogado “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis”.

Agora tal direito à comunicação torna-se mais amplo, podendo o advogado entrevistar-se com seu cliente, antes do interrogatório, em qualquer caso, mesmo quando se trate de réu solto. Incumbe registrar que a entrevista reveste-se de especial importância quando o acusado for assistido por defensor dativo que, de comum, ainda não teve a oportunidade de manter contato com o seu constituinte.

Como somente no momento do interrogatório é que se poderá saber se o acusado será assistido por defensor dativo, caberá ao cartório providenciar, com a devida antecedência, mediante indagação ao réu, se ele constituiu advogado ou não. No caso de defensor constituído, igualmente, se assegurará a entrevista reservada, mas

⁷ Indicação jurisprudencial na ob. cit. *in* nº 03 dessas notas, p. 172.

ela não se apresenta com a mesma necessidade pois, normalmente, ele já conferenciou com seu cliente.

Embora a lei não o diga, convém que fique registrado na assentada respectiva que o réu manteve contato com o seu defensor antes de iniciar-se o interrogatório ou, ainda, que a defesa abriu mão da entrevista prévia. Dessa maneira, a providência ficará documentada.

7. O art. 186 do CPP consagra o direito ao silêncio, com a ressalva contida em seu único parágrafo de que ele não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Registre, em trabalho doutrinário antigo, que a parte final do art. 186 do CPP não se vira recepcionada pela nova ordem constitucional⁸. Embora o art. 5º, LXIII da nossa Carta Política faça alusão somente ao preso, seria destituído de sentido assegurar o direito ao silêncio somente a ele, tanto mais que, como de trivial sabença, a regra no processo penal é a de que o réu responda solto ao processo. Por que só réu preso haveria de gozar do privilégio? A Constituição Federal, ao referir-se ao preso, quis apenas protegê-lo de forma mais contundente sem que isto importe em limitação de igual direito ao réu solto.

Dessa forma, a advertência da parte final do art. 186 do CPP, na sua redação primitiva, contrastava com o preceito constitucional. Na atualidade, do silêncio nada se extrai, nem para o bem nem para o mal. Aliás, seria um contrasenso que a Constituição Federal assegurasse ao réu o direito ao silêncio e a lei processual afirmasse que este mesmo silêncio poderia importar em prejuízo da própria defesa.

Inexiste no processo penal a confissão tácita. Toda confissão há de ser expressa.

Da mesma maneira, a jurisprudência do Pretório Excelso, em mais de uma oportunidade, já assinalara que o silêncio do réu não importa em autoincriminação, não mais prevalecendo a advertência contida na parte final do art. 186. (STF, HC 75616, 1ª Turma, j. de 14-XI-97, *in* RT 748/563 e RT 753/538)⁹.

Dessa maneira, a lei nada mais fez que disciplinar a matéria no sentido da orientação seguida pela doutrina e pela jurisprudência do Pretório Maior.

8. O art. 187 do CPP teve sua redação alterada no *caput* e, parcialmente, em seus parágrafos. Ele está dividido em duas partes: a primeira referindo-se à pessoa do acusado (parágrafo primeiro) e a segunda voltada para os fatos (parágrafo segundo).

Entendo que as indicações relacionadas com a pessoa do réu são de relativa importância, pois o juiz não tomará por base as afirmações do acusado a seu respeito ou a propósito do seu passado penal para decidir. Tais dados deverão estar provados nos autos.

⁸ *In Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 16, pp. 236 e seguintes, 2000, Rio de Janeiro.

⁹ Referência jurisprudencial na ob. cit. *in* nº 03 dessas notas, p. 173.

Quanto aos fatos, o Código, em sua nova redação, repete, em linhas gerais, o que já constava do antigo art. 188.

Na prática, os juízes não seguiam com rigor a ordem estabelecida no derogado art. 188 como, acredito, não deverão obedecer a seqüência ora fixada no atual parágrafo segundo do art. 187. Na realidade, os oito incisos ali enunciados servirão como mero roteiro programático para o juiz, parecendo-me, porém, que há neles certo resquício do antigo sistema das provas legais. No sistema do livre convencimento (art. 157 do CPP), o juiz não deve ficar vinculado a amarras, mas, ao contrário, perguntar o que entender cabível na ordem que lhe aprouver.

No entanto, a nova redação contém algumas impropriedades ao cuidar das provas (inciso IV) e das testemunhas e do ofendido (inciso V) como se fossem assuntos distintos. Em verdade, os últimos não passam de espécies do gênero prova, bastando a referência indicada no inciso IV.

9. A grande inovação contida na disciplina legal do interrogatório vem assinalada no art. 188 ao estabelecer que, ao final daquele ato, “o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido”, ensejando a que elas formulem perguntas, se as entender “pertinentes e relevantes”.

Duas observações:

a) mantém-se o sistema presidencial quanto ao interrogatório, tal como ocorre com as testemunhas (art. 212 do CPP). Em outras palavras, é o juiz quem, por primeiro, interroga o réu e as perguntas das partes são feitas por seu intermédio;

b) seria de bom alvitre que a lei mandasse constar do ato as perguntas acaso indeferidas bem como as razões que motivaram a sua não-formulação ao acusado. Desde o momento em que se vai admitir a participação das partes no interrogatório, ela deve ser plena. Não ficando registro no termo, como poderá a parte alegar, no futuro, cerceamento para a acusação ou para a defesa, conforme o caso? Como está redigida a lei, a valoração a respeito da pertinência ou da relevância da pergunta formulada pela parte fica por conta exclusiva do juiz, não dando margem a qualquer protesto da parte, o que, sem dúvida, não condiz com o devido processo legal. Penso, porém, que o silêncio da lei não impede a providência alvitada, que é a que melhor se afeiçoa com a noção de um processo democrático.

10. A Lei 10.792/2003 facultou ao interrogando, caso venha a negar a acusação, prestar os esclarecimentos que entender cabíveis assim como indicar as provas que lhe pareçam adequadas. É mera faculdade do réu (a lei diz “poderá”) e assim deve ser. Com efeito, se o acusado tem direito ao silêncio, que dizer quando ele nega a imputação? Portanto, poderá o réu negar, pura e simplesmente, a acusação contra ele formulada sem nada aludir em favor da sua alegação. Dessa maneira, não se admite que o juiz, no caso de negativa, exija do acusado que apresente as provas de que dispõe da sua

alegada inocência ou que venha prestar maiores esclarecimentos a respeito dos motivos da sua atitude.

Diverso é o tratamento dado pela lei no caso de confissão da autoria (art. 190 do CPP). Aqui ele será chamado a indicar “os motivos e circunstâncias e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam”.

Justificava-se o cuidado do legislador pois, em tal hipótese, há autoincriminação por parte do acusado. Como o juiz não está adstrito à confissão do acusado, em razão do sistema do livre convencimento (art. 157 do CPP) e do princípio da verdade real, informadores do processo penal em matéria de prova, cabe ao magistrado perquirir até que ponto aquela confissão traduz a verdade.

Demais disso, não se pode esquecer que a auto-acusação falsa é crime contra a administração da justiça (art. 341 do CP), motivando, ainda mais, a exigência legal constante do art. 190 do CPP. Reafirme-se, ainda uma vez mais, que ao Estado somente interessa a condenação do verdadeiro culpado.

O mesmo dispositivo faz alusão à “confissão da autoria”. Melhor teria dito o legislador se usasse somente a expressão “se o réu confessar” ... Explico-me: é que o reconhecimento de autoria por si só não importa em confissão. Confissão, em boa doutrina, nada mais é que o reconhecimento por parte do réu da sua própria responsabilidade. Por tal razão, entendo que a chamada confissão qualificada destoa de um conceito técnico do que seja confissão e, como tal, não pode ser admitida. Volto a esclarecer meu pensamento: se Tício, ao agredir Caio, vem a causar-lhe lesões corporais, mas alega em seu favor que obrou em legítima defesa, causa excludente da ilicitude, ele não estará confessando mas apenas reconhecendo a autoria material do fato.

Dessa maneira, sempre que o acusado, embora reconhecendo a autoria, sustente em seu prol qualquer fato ou circunstância que exclua o crime ou que o isente de pena, ele não está confessando¹⁰.

Compreende-se, agora, a ressalva que se impõe à redação do art. 190 do CPP, que, por sinal, não sofreu qualquer alteração em função do novo regime legal do interrogatório, pois mantida a fórmula originária constante do Código.

11. O atual art. 191 do CPP consagra o princípio da pureza da prova. A matéria já estava prevista no art. 189 do mesmo Código em sua redação primitiva. Observe-se que a lei, em todo o decorrer da prova oral, sempre exige que ela seja colhida de maneira que a palavra de um dos sujeitos da prova oral não possa influenciar na de outro. Aqui, no interrogatório, sempre que houver co-réu, cada um deles será interrogado separadamente

¹⁰ Para um exame minucioso a respeito do conceito de confissão e da distinção que existe entre ela, confissão, e mero reconhecimento de autoria, o interessado poderá encontrar algum subsídio em meu estudo “O desvalor da confissão policial”, in *Revista da AJUFE* (Associação dos Juizes Federais), ano 17, nº 59, out./dez. – 1998, pp. 399 e seguintes.

(art. 191, antigo art. 189). Quando da inquirição das testemunhas, a lei volta a exigir que elas prestem declarações “cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras” (art. 210 do CPP). Tal dispositivo aplica-se, por analogia (art. 3º do CPP), ao ofendido (caso haja mais de um, evidentemente), uma vez que ele foi tratado em único artigo (201) pela lei processual básica. É caso de aplicação do brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Da mesma forma, ao cuidar do reconhecimento de pessoas e coisas, o Código exige a prova em separado, desde que mais de uma pessoa venha a ser chamada a efetuar o reconhecimento (art. 228).

Em todos estes casos evita-se qualquer comunicação entre as pessoas chamadas a produzir a prova de maneira que não haja qualquer comprometimento quanto à idoneidade e ao valor real que suas declarações possam merecer. Demais disso, afasta-se a influência que o depoimento de uma pessoa possa exercer sobre a fala de outra.

12. O disposto nos arts. 192 e 193 do CPP, no regime da nova lei, não apresenta qualquer alteração, pois mantém a disciplina anterior estabelecida no Código dos anos 40.

Perdeu-se a oportunidade de corrigir a defeituosa redação do art. 193 do CPP. Com efeito, a respeito do mencionado dispositivo, tive a oportunidade de tecer as seguintes considerações:

“Ainda em termos de interrogatório, convém proceder-se correção à redação do art. 193. A locução correta do texto, ao meu sentir, daria ao art. 193 a seguinte feição: ‘quando o acusado não falar a língua nacional, o interrogatório será feito pelo juiz por meio de intérprete’. Não é o intérprete quem interroga o réu, como consta da lei, e sim o juiz. O intérprete funciona como mero instrumento de que se vale o juiz naquela circunstância especial”¹¹

13. A Lei 10.792/2003 revogou, com inteiro acerto, o art. 194 do CPP, que perdeu sua razão de ser em função do advento do novo Código Civil. Com efeito, dispunha o texto legal em exame que, se o acusado fosse menor, o interrogatório dar-se-ia na presença de curador. Na atualidade, como o menor de 21 anos e maior de 18 não é mais relativamente incapaz, podendo, assim, exercer todos os atos da vida civil, desapareceu a necessidade da nomeação de curador, que se destinava, exclusivamente, a suprir a relativa incapacidade do menor. O novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002), que entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, em seu art. 5º reduziu a maioridade civil de 21 para 18 anos de idade, revogando, *ipso facto*, o art. 194 do CPP. Agora, veio a lei processual em comento, estabelecendo a revogação expressa do texto legal ora examinado. Foi

¹¹ Veja-se, a propósito, o meu estudo a respeito da “Disciplina legislativa da prova penal”, in *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 16, pp. 236 e seguintes, ano 2000.

oportuna a modificação, uma vez que já se ensaiava na doutrina discussão a respeito da matéria, pois, segundo alguns, teria havido derrogação tácita da lei processual, enquanto outros entendiam que os efeitos do novo Código Civil perante o Código de Processo Penal exigiam lei nova, tendo em conta que uma lei civil não poderia interferir numa norma penal¹².

Agora, com o advento da Lei 10.792, de 01-12-2003, *tollitur quaestio!*

14. Não apresenta qualquer registro digno de relevo o novo texto do atual art. 195. Na verdade, houve mera adaptação ao sistema legal a que ficou submetido o interrogatório. O *caput* do antigo art. 195 perdeu sentido, passando o antigo parágrafo único daquela norma legal a compor a redação da lei.

15. Mas há novidade no que respeita ao art. 196. Embora mantido o proêmio da lei anterior, acrescentou-se que o novo interrogatório possa decorrer de providência “de ofício” do próprio juiz ou em razão de pedido *fundamentado* de qualquer das partes. A fórmula decorre do sistema adotado em que as partes podem apresentar perguntas para o réu quando do interrogatório. Dessa forma, desde que venha a surgir fato novo que possa motivar o requerimento das partes ou ainda em razão de que o interrogatório primitivo apresente alguma deficiência grave não constatada no momento do ato, a providência terá sentido, exigindo-se decisão fundamentada do juiz no caso de indeferimento.

Estabeleceu a lei, no meu entendimento com absoluto acerto, a necessidade de que a parte, caso venha a postular a realização de novo interrogatório, dê as razões pelas quais pretende a providência. Com tal determinação evita-se a procrastinação do feito e o uso da alicantina.

Caberá ao juiz decidir, motivadamente, se há fundada razão para que o ato seja renovado.

É evidente que o juiz não precisará do requerimento da parte para tomar a providência caso a entenda cabível.

A lei faz uso do vocábulo “pedido”, quando, na realidade, o que ali se pretende nada mais é que um mero requerimento. Com efeito, a palavra “*pedido*”, no processo penal ou civil, reveste sentido próprio. Assim, o autor *pede* na inicial; aqui, nada mais ocorre que um dos muitos requerimentos ocorridos no decorrer do processo.

¹² Para um completo exame do tema, consulte-se o estudo intitulado “A nova maioria civil: reflexos penais e processuais penais”, publicado na *Revista do Ministério Público*, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 17, 3ª fase, jan-jun 2003, pp. 113 e seguintes. O trabalho em tela resultou de estudo elaborado pela “Mesa de Ciências Criminais” composta por professores do “Complexo Jurídico Damásio de Jesus”, tendo como coordenador o eminente professor DAMÁSIO DE JESUS e contando com a participação dos professores GIANPAOLLO POGGIO SMANIO, FERNANDO CAPEZ, RICARDO CUNHA CHIMENTI, VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, VITOR FREDERICO KÜMPEL, ANDRÉ ESTEFAM ARAÚJO LIMA e o próprio DAMÁSIO DE JESUS.

O texto legal fez referência ao juiz, mas tal colocação não invalida a aplicação da regra constante do art. 616 do CPP, onde se possibilita a realização de “novo interrogatório”, já agora por determinação emanada do segundo grau de jurisdição, independentemente de requerimento da parte. Aqui, porém, impõe-se uma observação: desde que o recurso seja exclusivo da defesa, não será possível a conversão do julgamento em diligência, caso a prova a ser colhida possa redundar em prejuízo para o réu. Baixando os autos para o “novo interrogatório”, observar-se-á, no primeiro grau, a nova redação da lei, assegurando-se às partes o direito de formular perguntas ao réu caso assim entendam.

16. Afastando-se do interrogatório, o novo diploma legislativo cuidou, igualmente, de aperfeiçoar o parágrafo único do art. 261 do CPP assim como de imprimir nova redação ao art. 360 do CPP.

Vejamos, inicialmente, o primeiro daqueles dispositivos.

O parágrafo único do art. 261 do CPP exige, expressamente, a realização de *defesa efetiva*, ao assinalar, com a nova leitura, que ela se faça sempre “através de manifestação fundamentada”. Evita-se, com a determinação, a chamada defesa formal. A lei nem precisava registrar tal exigência, pois a Constituição Federal, ao consagrar a amplitude da defesa (art. 5º, LV), não comporta outra solução que não seja a consagrada na redação do atual parágrafo único, agora acrescentado ao art. 261 por força da Lei 10.792/2003.

Acode-me uma indagação: a Súmula 523 do STF poderá vir a ser revista?

Com efeito, nela encontra-se estipulado que a deficiência (não a falta) de defesa só causará nulidade “se houver prova de prejuízo para o réu”.

Imagine-se, por exemplo, o caso de uma defesa exercitada com deficiente fundamentação. Haverá nulidade?

De acordo com a Súmula 523 – STF não se poderia invocar nulidade, salvo se demonstrado prejuízo para o acusado.

Agora, com a nova redação da lei, ao exigir-se “manifestação fundamentada” da defesa constituída ou dativa, a Súmula 523 do STF restará de pé?

No meu entendimento não haverá razão para revê-la, deixando-se ao juiz, diante do caso concreto, avaliar até que ponto a deficiente fundamentação trouxe real prejuízo para o réu.

De qualquer maneira, não se admitirá a defesa feita por estagiário ou por acadêmico de direito atuando sozinho nem tampouco a defesa exercida por leigo, mesmo que na comarca inexistia advogado, fato, quero crer, raro de ocorrer. Nesta última hipótese, caberá ao juiz oficiar à seção local da OAB, solicitando a indicação de um causídico “*ad hoc*”.

Em suma: defesa efetiva é a “manifestação fundamentada” que a lei processual exige em consonância com a norma constitucional. Dessa forma, jamais poderá decorrer da atuação de um leigo.

Exige-se sempre, no processo penal, o contraditório homogêneo.

Observe-se, por fim, que o parágrafo único do art. 261 do CPP alude, apenas, ao “defensor público ou dativo”, quando exige que a defesa técnica se faça através de manifestação fundamentada. É evidente que a lei disse menos do que pretendeu, pois tal determinação, por óbvio, estende-se, também, ao defensor constituído.

17. Merecedora de encômio a nova redação formulada para o art. 360 do CPP, ao exigir a citação pessoal do réu preso.

O texto legal veio espancar dúvidas que existiam a respeito da citação de réu preso. Havia, na doutrina e na jurisprudência, duas orientações: a primeira, amplamente majoritária, entendia que a citação por mandado era prescindível, tendo em conta a redação anterior do art. 360 do CPP, que exigia apenas a requisição para o interrogatório; a segunda, minoritária, sustentava ser indispensável a citação pessoal, não bastando, apenas, a requisição.

Sempre defendi como certa a última posição.

Na verdade, ao estudar o tema, salientei:

“Merece especial cuidado a chamada ‘citação por requisição’ do réu preso (art. 360 do CPP). Penso que a regra do art. 360 do CPP deve ser interpretada da forma que se segue: a requisição deve ser dirigida ao Diretor do estabelecimento prisional para que apresente o preso em Juízo na data aprazada. A providência, no caso, resulta óbvia, pois o preso não dispõe de liberdade de locomoção. Porém, ela não exime o Juízo de mandar citar o réu por mandado de maneira que ele, como de resto qualquer réu, tome ciência da acusação com a necessária antecedência, podendo, dessa forma, preparar sua defesa, tal como exige a Lei Maior (art. 5º, LV). No Rio de Janeiro, há Defensores Públicos designados para dar assistência aos presos na penitenciária e que bem poderão orientar sua clientela, nada impedindo que o próprio preso, em tempo hábil, possa aconselhar-se com advogado de sua confiança.”¹³

Portanto, a nova redação conferida ao art. 360 do CPP importou em valioso aperfeiçoamento de nossa lei processual.

18. Mas não se esgotam ainda nestas singelas anotações as observações que a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, está a exigir. Vejamos, agora, alguns pontos que estão a cobrar algumas considerações.

¹³ *Processo Penal – Reflexões*, p. 293, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

18.1. Cabe, por primeiro, o registro de que a nova disciplina legal do interrogatório encontra aplicação tão-somente em relação ao interrogatório prestado em juízo. A ouvida policial continua regida pelas normas que presidem o procedimento inquisitivo. Na realidade, o art. 6º, V do CPP manda que a autoridade policial ouça o indiciado com a observância, *no que for aplicável*, do disposto no Capítulo III do Título VII, do Livro I (arts. 185 a 196 do CPP). Resulta claro da leitura da lei processual que não haverá, nesta fase, qualquer participação das partes, até porque não há partes na fase pré-processual. Ali, no art. 6º, V do CPP, a lei manda aplicar o procedimento do interrogatório judicial *no que couber*.

Parece-me que a questão não deva merecer maior discussão, embora já se escutem algumas vozes dissonantes a proclamar a aplicação plena das novas regras ao procedimento investigatório preliminar.

18.2. A nova redação conferida ao art. 188 do CPP, ao permitir a participação das partes no interrogatório, voltou a dar, sem a menor dúvida, um certo teor de meio de prova para aquele ato, sem que ele perca o seu caráter de instrumento de defesa material.

Porém, a lei resultou incompleta. Faltou-lhe, como já assinalado (9, *supra*), o registro de que o juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não guardarem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida, tal como ocorre com a prova testemunhal (art. 212 do CPP). Mais ainda: no caso de recusa à pergunta, deverá constar do termo a razão do indeferimento, para efeito de documentação. Evita-se, com tal providência, o arbítrio judicial, garantindo à parte que se vir prejudicada argüir, oportunamente, nulidade por cerceamento de defesa ou de acusação, conforme a hipótese.

Desde o momento em que se permitiu a participação das partes no interrogatório judicial, deve ela dar-se de forma plena, não se justificando qualquer cerceamento ilegal na sua atuação. Uma pergunta pode não parecer ao juiz “pertinente ou relevante”, porém a parte tem o direito de ver registrado o motivo do indeferimento.

Quando uma indagação da parte poderá ser indeferida? Somente nas duas situações processuais acima indicadas: quando não guarde qualquer relação com o processo ou na hipótese de repetição de outra já respondida.

18.3. Qual a ordem das perguntas?

Quem, após o juiz, pode formular indagação ao réu, uma vez mantido o sistema presidencial?

A natureza jurídica do ato seria o parâmetro definidor da ordem a ser seguida na apresentação das perguntas. Se ato de defesa, esta teria primazia; se meio de prova, a acusação ganharia precedência. Como, com a nova lei, reabriu-se a velha discussão, agora revestindo não somente interesse acadêmico, em função de permitir-se a participação

das partes no interrogatório, entendo que deva ser seguida a ordem que mais favorece a defesa, deixando-se para ela a faculdade de perguntar por último.

Porém, a lei deveria ter disciplinado a matéria, evitando futura disputa doutrinária e jurisprudencial.

18.4. A presença das partes, quando do interrogatório judicial, na atualidade, passa a ser obrigatória (*vide* nº 5, *supra*).

18.5. O assistente pode participar do interrogatório dirigindo perguntas ao réu?

Novamente, a natureza jurídica do instituto é que servirá de norte para a solução da *quaestio juris*.

Ao examinar a natureza jurídica da figura processual do assistente do Ministério Público no processo penal, anotei o seguinte:

“3. Antes de mais nada, incumbe examinar a natureza jurídica da assistência. Não participo, com todas as vênias possíveis e imagináveis, da posição doutrinária que vislumbra no assistente a função de parte contingente contrapondo-se à parte necessária, partindo do princípio segundo o qual com a presença do assistente ou sem ela o processo existirá. Por igual razão, parece-me indevida a designação de parte secundária (a parte principal seria o Ministério Público) ou expressão equivalente. TORNAGHI, ao meu sentir, é quem melhor situa a questão, ao ensinar que ‘a única hipótese de intervenção de terceiro no processo penal’ dá-se com a figura do assistente de acusação, nos termos do art. 268 do CPP. Assim, o assistente se faria presente no processo *ad coadjuvandum tantum*, atuando com poderes limitados de gestão processual, expressamente delineados no art. 271 do CPP. Na verdade, o assistente não é parte, pois não pede, como já assinalamos em outra oportunidade. Aliás, a rigor, ele não é sequer um litisconsorte ‘porque sua intervenção não importa em cumulação subjetiva de lides’, como bem registra ELIÉZER ROSA.”¹⁴

Resulta do exposto que para aqueles que entendem ser o assistente do Ministério Público parte secundária no processo penal, sua participação, no interrogatório, deverá ser assegurada diante dos termos da nova lei (o texto em exame alude às partes). Para os que pensam, como eu, não ser ele parte mas apenas terceiro que intervém no feito criminal, atuando nos *estritos limites taxativamente impostos* pelo art. 271 do CPP,

¹⁴ “A taxatividade das atribuições do assistente do Ministério Público”, in *Serviam Juris - Revista Jurídica*, ano 2, nº 1, do “Instituto Superior de Ensino e Pesquisa do Direito” (ISPED) da “Universidade Santa Úrsula”, edição comemorativa dos 65 anos da Universidade e dos 25 anos do Curso de Direito, pp. 43 e seguintes.

não haverá lugar para a sua participação quando do interrogatório, embora possa estar presente ao ato por força do que dispõe o art. 394 do CPP, permanecendo como fiscal do regular desenvolvimento daquele momento processual.

A ocorrência da presença do assistente do Ministério Público por ocasião do interrogatório, ao que me parece, não será comum, pois, em regra, a habilitação do assistente só se dá no decorrer da instrução criminal probatória, quando da inquirição das testemunhas arroladas pelo autor. De qualquer forma, uma vez recebida a denúncia, sua habilitação já se torna possível, fazendo surgir o problema em análise.

18.6. Duas questões ainda afloram com certa importância em relação à participação do Ministério Público no interrogatório.

A primeira delas voltada para a ação penal de *exclusiva* iniciativa privada. O tema já foi visitado (5, *supra*), mas ainda exige uma observação importante: como fica a posição do Ministério Público? Sustento que, não sendo parte no processo, não lhe caberá formular perguntas ao réu. Estas se farão, quando cabíveis, por iniciativa do querelante e do querelado. Porém, como fiscal da lei, não fica ele eximido de fazer-se presente ao interrogatório, por força do art. 394 do CPP, velando pela fiel observância do aspecto formal daquele importantíssimo ato processual.

Indaga-se: caso o Ministério Público venha a aditar a queixa, na defesa do princípio da indivisibilidade da ação penal (arts. 45 e 48 do CPP), como deverá comportar-se o *Parquet* em tal situação processual?

Recebido o aditamento pelo juiz, o Ministério Público, em relação ao querelado incluído no processo por força da sua atuação, embora assuma a esdrúxula posição de parte (o princípio reitor é o da oportunidade!), mesmo assim não poderá formular perguntas ao querelado, pois, após o aditamento, volta a atuar no processo como fiscal da lei. É que sua intervenção deve-se somente com o objetivo de resguardar o princípio da indivisibilidade da ação penal, não lhe sendo permitida qualquer ingerência a respeito do mérito da acusação, em face, agora, do princípio da disponibilidade da ação penal, que continua a reger a ação penal exclusivamente privada.

Entendo, no entanto, que o aditamento naquela oportunidade não pode ser admitido, muito embora a lei processual penal faça alusão expressa à providência. É que, segundo dispõe o art. 49 do CPP, “a renúncia ao exercício do direito de queixa em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá”. A lei, como de fácil observação, apresenta-se contraditória, uma vez que o art. 49 entra em testilha com o que dispõem os arts. 45 e 48. Em ocorrendo a circunstância, penso que a melhor solução consistirá em admitir-se a renúncia tácita por parte do querelante, caracterizada pela exclusão da demanda de um ou mais autores da infração penal. Resolve-se, pois, a antinomia em favor do querelado. É certo que o princípio do *in dubio pro reo* é típico da valoração da prova penal, conduzindo à absolvição do acusado (art. 386, VI do CPP). Aqui, ao contrário, discute-se matéria de direito e de processo. Porém, não vislumbro solução

outra. Sustento, assim, que, *in casu*, a punibilidade deve ser julgada extinta por força da renúncia tácita (art. 107, V, do CP)¹⁵.

18.7. E nos casos de queixa subsidiária (art. 29 do CPP)? Aqui, ao contrário, por tratar-se de ação pública, penso que a participação do Ministério Público no interrogatório deva ser ampla, podendo e devendo, se necessário ou oportuno, formular perguntas ao réu. Não há motivo para qualquer restrição à sua atuação. Com efeito, o art. 29 do CPP manda que o *Parquet* deva intervir “em todos os termos do processo” e isso inclui, evidentemente, a sua participação ativa no interrogatório, tenha ou não aditado a queixa, até porque o interrogatório é também um meio de prova e ao Ministério Público incumbe, segundo a lei que rege a matéria, “fornecer elementos de prova” (art. 29 do CPP). Para tanto, deve estar autorizado a formular perguntas ao réu, pois nada assegura vá o querelante continuar promovendo a ação penal. Nessa situação, em ocorrendo a negligência do querelante, incumbirá ao Ministério Público retomar a ação como parte principal (art. 29 do CPP). Se houver aditamento, formar-se-á um litisconsórcio ativo entre o querelante e o *Parquet*, que passa a atuar como verdadeira parte, podendo, *ipso facto* e com maior razão, requerer ao juiz a formulação de perguntas ao réu, após o querelante.

19. Que se pode dizer da nova lei?

Malgré tout, ela contém mais qualidades que defeitos, importando, no seu conjunto, em aperfeiçoamento da nossa lei processual penal ao adaptá-la, no que respeita ao interrogatório e aos demais temas aqui versados, ao Texto Magno de 1988.

Inverno de 2004.

¹⁵ Em relação ao tema, o eventual leitor poderá encontrar alguma informação em meu estudo “Revisitando o aditamento à queixa”, in *Processo Penal – Reflexões*, pp. 27 e seguintes, Editora Lumen Juris, 2002.

A chamada de co-réu e a nova disciplina legal do interrogatório¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Quando da abordagem do tratamento conferido ao interrogatório do réu através da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003², embora tenha estudado numerosos aspectos que o novo diploma legal emprestou àquele relevante ato processual, não tive a oportunidade de examinar um ponto especialmente delicado e que pode vir a suscitar dúvidas quando se faça presente, tanto mais que não se cogita de hipótese de rara ocorrência. Refiro-me ao caso em que haja dois (ou mais) acusados integrando o pólo passivo da relação processual e que um deles venha a imputar a outro (ou a outros) a autoria da infração penal.

Como se fará o interrogatório?

É na busca de uma solução para o impasse surgido que se tentará esboçar algumas considerações, tendo em conta que, agora, o interrogatório fica sujeito ao contraditório, deixando de ser, como antes, um mero diálogo havido entre o juiz e o réu.

2. Como sabido, a partir da Lei 10.792/2003, foi determinada a participação das partes (Ministério Público ou querelante e réu, os últimos através de advogado) formulando perguntas ao imputado. As inovações vêm anotadas no art. 188 do CPP, ao ditar que, quando o juiz der por encerrada a sua participação no interrogatório, isto é, quando ele concluir suas perguntas, ensinará às partes, acusação e defesa, que formulem as suas, se as entender “pertinentes e relevantes”.

Tal inovação do legislador buscou encontrar compasso com o art. 212 do CPP, que versa a respeito da inquirição das testemunhas, que, como o interrogatório, integra a chamada prova oral. Da leitura do texto, percebe-se, com tranqüilidade, que fica mantido o sistema presidencial, ou seja, que as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que, se admiti-las, as formulará ao réu.

Infeliz, sem sombra de dúvida, a observação contida ao final do art. 188 da lei processual penal, porque ínsita ao sistema presidencial, segundo a qual o juiz só deferirá as perguntas caso as entenda “pertinentes e relevantes”. Adotou-se, de forma imperfeita, o modelo cogitado para a prova testemunhal, no art. 212 do CPP, sem,

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 24, p. 237-245, jul./dez. 2006.

² “O novo regime legal do interrogatório”, in *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), vol. 8, nº 30, 2005, pp. 62 e seguintes.

no entanto, assinalar, como acertadamente consta daquele dispositivo, que o juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo quando não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida. A fórmula do art. 212 do CPP é, não há negar, mais precisa pois indica, expressamente, o que é pertinente e/ou relevante, afastando o excessivo subjetivismo contido no art. 188. Faltou também registrar que, no termo respectivo, deverão constar a pergunta formulada e a razão do seu indeferimento. Limitar-se-ia, assim, o arbítrio judicial de forma mais precisa e adequada³.

3. Chega-se, agora, ao motivo do presente acréscimo ao estudo anterior⁴.

Sabe-se que, por força de lei (art. 191 do CPP), havendo mais de um réu, serão eles interrogados separadamente, resguardando-se, desse modo, a pureza da prova. Esta, por sinal, é uma regra posta em relevo, mais de uma vez, pela lei processual (*vide* arts. 210 e 228 do CPP).

A questão que se põe reside em saber se os defensores dos demais réus deverão atuar formulando perguntas a cada acusado, participando, assim, do interrogatório.

Aqui, no entanto, impõe-se fazer uma distinção.

O art. 185 do CPP, no particular, faz alusão somente ao acusado e a seu defensor, constituído ou nomeado, além do juiz, como é óbvio, como participantes do interrogatório; o primeiro exercendo sua defesa material ao passo que o segundo atuando por força da inafastável defesa técnica.

Se compulsarmos o Capítulo III, do Título VII, do Livro I do CPP, que se ocupa da Prova (Título VII) e Do Interrogatório do Acusado (Capítulo III), veremos, com facilidade, que os arts. 185 a 196 do CPP aludem, sempre, ao defensor do acusado, quando fazem referência à defesa técnica. Usam a palavra defensor no singular.

Pode-se concluir daí que cada réu será interrogado, separadamente, na presença somente de seu advogado, mesmo que, após a vigência da nova lei, vários sejam os acusados.

4. Mas a matéria não se apresenta de forma tão simples como parece neste primeiro enfoque.

Caso o réu, usando do direito a que se refere o art. 186 do CPP, permaneça calado, não respondendo às perguntas que lhe forem formuladas, torna-se evidente que não haverá qualquer problema, pois, como intuitivo, ele não poderá estar incriminando eventual co-réu.

Porém, caso ele, negando ou confessando a prática da infração penal, venha a delatar qualquer outro acusado, que, com ele, esteja respondendo ao processo, surge um fator complicador para o procedimento. Com efeito, assinala o art. 189 do CPP que se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá “prestar esclarecimentos

³ Ob. cit. em o nº 1 destas notas de rodapé.

⁴ Ob. cit. em o nº 1 destas notas de rodapé.

e indicar provas”. Ora, se assim é, dentre elas, eventualmente far-se-ia presente a incriminação de co-réu.

Pode ainda ocorrer que o imputado venha a confessar sua responsabilidade pelo crime mas que indique outras pessoas que concorreram para a infração penal e que estejam incluídas no mesmo pólo passivo da relação jurídica processual. Em suma: que sejam co-réus. A providência encontra-se, expressamente, contemplada no art. 190, parte final, da lei processual penal. Caso estas pessoas não sejam co-réus no mesmo processo, deverá o juiz, para evitar o tumulto processual, proceder na forma do art. 40 do CPP, embora, dependendo das circunstâncias, pudesse o Ministério Público, desde logo, aditar a denúncia para incluí-las, se, evidentemente, a delação envolvesse infração penal de ação pública incondicionada. Seria hipótese de aditamento subjetivo da inicial. A providência a ser tomada vai depender do caso concreto em função do estado do processo. É medida de conveniência ditada pelo bom senso a escolha de uma ou outra via.

A experiência está a ditar que, em tal circunstância, melhor será aguardar o seguimento do processo, até porque a delação poderá ser destituída de fundamento, tendo como único objetivo retardar o andamento do feito criminal, gerando, como já mencionado, tumulto processual, para, ao empós, se for o caso, proceder na forma do art. 40 do CPP.

Tal situação processual, aliás, não caracteriza a chamada de co-réu, como comumente ocorre, indicando, apenas, mera delação efetivada pelo acusado por ocasião da autodefesa e que, se for o caso, será oportunamente objeto de apuração, até porque a pessoa acusada como co-autora ou partícipe não integra a relação processual em que o delator é réu.

Aqui, o problema que vimos de examinar não requer maior análise, pois, no presente estudo, estamos voltados para uma acusação em que já figuram no pólo passivo da mesma relação processual dois (ou mais) réus.

5. O chamamento de co-réu, também designado na doutrina como acusação de concurso, nomeação de sócio, delação ou chamamento de cúmplice, não mereceu regulamentação na lei processual, deixando-se, assim, à doutrina e à jurisprudência fixar-lhe os contornos em que deva ser valorado, tendo em conta o sistema da persuasão racional adotado em nossa lei processual penal (art. 157 do CPP) bem como o princípio da verdade processual.

Dessa maneira, segundo ensinamento da doutrina, costuma-se exigir a concorrência de três elementos para que a nomeação de sócio possa ser valorada de maneira influente para o processo:

- a) a confissão do delator;
- b) inexistência de objetivo de vingança;

c) finalidade de atenuar ou até mesmo eliminar sua responsabilidade pela prática criminosa.

Esta a *communis opinio*.

Não me parece, *data venia*, que tais colocações encontradas em grande parte da doutrina possam merecer aceitação dogmática. No meu entendimento, não há necessidade de que o réu confesse a prática da infração penal. Ele, segundo penso, pode negar a responsabilidade pela conduta criminosa, atribuindo-a somente ao co-réu.

Quanto às demais exigências, isto é, a ausência de motivo subalterno (ódio, vingança, cupidez ou outro assemelhado) para com o outro acusado, ou, ainda, a chamada feita com a finalidade de escapar da condenação ou a de atenuar sua responsabilidade, são colocações de ordem subjetiva a serem apreciadas pelo juiz de acordo com a sua livre convicção (art. 157 do CPP).

Com efeito, o art. 190 do CPP alude apenas à confissão do acusado, obrigando ao juiz indagar se “outras pessoas” concorreram para a infração, e quais sejam. Porém, o aludido dispositivo não pode ser dissociado do sistema de prova adotado em nossa lei processual como também do princípio da verdade real informador do nosso direito positivo.

Aliás, no caso de confissão, de nada valeria para o acusado a imputação de co-réu, pois se aceita a sua confissão pelo juiz, ele não se encontraria eximido de responsabilidade pela prática criminosa.

É de ressaltar que o próprio Código, ao versar sobre o interrogatório do réu, dispõe, expressamente, no art. 187, parágrafo 2º, II a respeito da possibilidade de o acusado, ao negar a acusação, indicar a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam.

Portanto, mesmo à luz da lei processual, a chamada de co-réu pode dar-se quando o delator negar a acusação.

Não obstante isso, a doutrina, voltada, quero crer, somente para o disposto no art. 190 do CPP, exige a confissão do delator. Nesse sentido, podem ser registradas as opiniões ilustres de TOURINHO⁵, FERNANDO CAPEZ⁶, POLASTRI⁷ e outras vozes de igual valor que preceituam que o chamamento de co-réu exige a confissão do delator.

Na doutrina estrangeira, FLORIAN⁸, em seu clássico *Tratado*, analisa a *vexata quaestio*, mostrando a antiga divergência a respeito do assunto.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. III, pp. 276 e seguintes, São Paulo: Editora Saraiva, 25ª edição, 2003.

⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 309. São Paulo: Editora Saraiva, 11ª edição, 2004.

⁷ LIMA, Marcellus Polastri. *A Prova Penal*, p. 122. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

⁸ FLORIAN, Eugenio. “*Delle Prove Penali*”, vol. II, p. 36. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Villardi, 1924. Com efeito, em passagem constante de nota de rodapé, registra FLORIAN, um dos maiores tratadistas que versou a respeito da prova penal: “*Anche la questione se commetta calunnia l'imputato, il quale incolpi altri, che conosca innocente, del reato a lui ascritto, per esimerne sè medesimo, è antica e controversa.*”

6. Colocadas tais premissas, pode-se, no momento, esboçar algumas colocações básicas para que se possa aferir o valor da delação em função do novo tratamento legislativo que o interrogatório passou a partir do advento da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

Para tanto, torna-se necessário que se faça uma apreciação prévia da expressão “chamada de co-réu”, bem assim se ela apresenta algum valor probatório, pois do contrário torna-se destituída de sentido qualquer discussão que o tema possa merecer.

7. Deve-se, mais uma vez, a TORNAGHI⁹, em um dos seus muitos momentos de grande inspiração, a correta observação que faz a propósito da expressão chamamento de co-réu, tão consagrada por toda a doutrina. Na realidade, como salienta o notável Mestre, trata-se do uso impróprio feito pelos escritores de uma expressão originária do processo civil, pois, na verdade, aqui, no processo penal, não há qualquer chamamento, já que o chamamento à autoria nada mais é que uma modalidade de intervenção de terceiros, necessária para fixar os limites subjetivos da coisa julgada.

8. Qual então o valor como prova da chamada de co-réu?

TOURINHO¹⁰ fustiga de forma veemente o seu valor, partindo do princípio de que ela não passa pelo crivo do contraditório. É certo que o eminente processualista, na edição que tenho em meu poder de seu clássico “*Processo Penal*” (25ª, de 2003), não focaliza ainda o assunto voltado para a regência a que o interrogatório ficou submetido a partir da Lei 10.792/2003, agora sujeito a nova disciplina, que atende aos seus anseios.

POLASTRI¹¹, escrevendo antes da vigência da Lei 10.792/2003, não assume posição tão radical, assinalando que a chamada de co-réu, desde que ratificada por outras provas colhidas sob o crivo do contraditório, “é elemento válido para embasar o convencimento judicial”.

Quero deixar claro que, mesmo antes da vigência da nova lei, sempre considerei a chamada de co-réu como indício, seguindo os critérios pelos quais devem ser valorados aquele meio de prova (art. 239 do CPP). Ele pode ou não encontrar ressonância no conjunto probatório, cabendo ao juiz emprestar-lhe o valor que entenda cabível diante do caso concreto, segundo o sistema da persuasão racional consagrado na lei (art. 157 do CPP).

9. E agora, com a nova lei, como fica a questão?

Já ressaltara, em trabalho anterior¹², que o interrogatório diante do atual regime a que ficou submetido adquiriu novamente um nítido colorido de meio de prova, sem

⁹ TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*, vol. IV, p. 36. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1978.

¹⁰ *Apud op. cit.* em o nº 4 dessas notas de rodapé. Em prol de sua opinião, traz à colação o pensamento de copiosa e respeitabilíssima doutrina nacional e estrangeira. Assim: ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, CARMIGNANI, MALATESTA, MITTERMAYER, MANZINI e ADA PELLEGRINI GRINOVER, todos fazendo sérias reservas à delação como meio de prova.

¹¹ *Ob. cit.* em o nº 6 destas notas de rodapé.

¹² *Ob. cit.* em o nº 1 destas notas de rodapé.

deixar de constituir o mais significativo ato de defesa material. No entanto, sempre assinalo que o *thema* apresentava mais interesse acadêmico que valor prático, pois, de acordo com o sistema do livre convencimento adotado em nossa lei processual (art. 157 do CPP) caberia ao juiz dar ao ato o valor que ele devesse merecer na hipótese em exame, motivando sua decisão.

Vale o registro de que, por força da Lei 10.792/2003, o assunto, agora, apresenta algum interesse prático pelo menos para a ordem a ser observada quando da formulação das perguntas ao réu pelas partes. Explico-me melhor, através da análise da matéria que empreendi em estudo específico sobre o assunto¹³:

“18.3. Qual a ordem das perguntas?

Quem, após o juiz, pode formular indagação ao réu, uma vez mantido o sistema presidencial?

A natureza jurídica do ato seria o parâmetro definidor da ordem a ser seguida na apresentação das perguntas. Se ato de defesa, esta teria primazia; se meio de prova a acusação ganharia precedência. Como, com a nova lei, reabriu-se a velha discussão, agora revestindo não somente interesse acadêmico, em função de permitir-se a participação das partes no interrogatório, entendo que deva ser seguida a ordem que mais favorece a defesa, deixando-se para ela a faculdade de perguntar por último.

Porém, a lei deveria ter disciplinado a matéria, evitando futura disputa doutrinária e jurisprudencial.”

Uma coisa é certa: agora não mais se poderá negar valor como meio de prova ao interrogatório do imputado, pois ele encontra-se sujeito ao crivo do contraditório.

Quando houver um só acusado ou ainda mesmo quando presentes dois ou mais réus, mas inocorrendo a chamada, penso que não se fará presente qualquer motivo de perplexidade. O acusado será interrogado pelo juiz e perguntado pelas partes (acusação e defesa técnica), estando perfeito e acabado o ato do interrogatório.

O problema surge quando houver a chamada, isto é, o acusado, negando ou confessando a prática da infração penal, vem a inculpar co-réu.

Como posto em relevo (3, *supra*), o acusado, agora também acusador, é interrogado separadamente na presença de seu advogado. No entanto, com a chamada, vem a

¹³ Ob. cit. em o nº 1 destas notas de rodapé.

delatar co-réu, cuja defesa não participou do interrogatório respectivo, não tendo assim oportunidade de formular perguntas ao autor do chamamento.

Ora, a chamada de co-réu pode acarretar alteração no panorama probatório, com eventuais reflexos para o acusado que não participou da colheita daquela prova que, em tese, lhe pode trazer gravame.

Como resolver o impasse?

As “Mesas de Processo Penal da USP”, através da Súmula de nº 65, conferiram à delação o valor de prova testemunhal na parte referente à imputação, admitindo reperguntas por parte de delatado¹⁴.

Parece-me, em tal situação, necessário que o interrogatório do delator terá que ser renovado, para que se renda ensejo a que a defesa técnica do delatado venha, caso deseje, a ofertar perguntas. Há, porém, uma limitação: a indagação deverá cingir-se somente à imputação feita pelo delator, já que os demais fatos constantes do interrogatório do delator não dizem respeito ao delatado. Caberá, assim, ao juiz limitar as perguntas somente ao fato motivador do chamamento.

Na verdade, se fará um novo interrogatório do delator, de que participarão o juiz, a acusação e as defesas técnicas do delator e do delatado. Caberá ao juiz reperguntar por primeiro, seguindo-se a acusação e, por fim, a defesa do delator e a do delatado. Repito: este novo interrogatório deverá ater-se somente à imputação que motivou o chamamento.

Há um ponto em que, com o devido respeito, me afasto da posição assumida pela Súmula de nº 65 das “Mesas de Processo Penal da USP”. Tal se dá quando conferem o valor de prova testemunhal à palavra do delator na parte referente à imputação. A razão do ousio reside no fato de que a testemunha é terceiro imparcial que vai a juízo depor a respeito de fato objeto da acusação ou que, eventualmente, como ocorre no caso de testemunha instrumental ou instrumentária, comparece, apenas, com a finalidade de atestar a validade de um ato, como, por exemplo, acontece na hipótese contemplada no art. 226, IV do CPP.

Ora, o réu, ao contrário, é parte no processo e, como tal, sujeito parcial da demanda, havendo, dessa forma, distinção ontológica nas situações processuais dos dois personagens do processo: réu e testemunha.

Já assinei que, mesmo antes da vigência da Lei 10.792/2003, entendia que a chamada de co-réu apresentava valor como meio de prova, subsistindo sempre como indício (art. 239 do CPP), a ser apreciado pelo juiz no momento oportuno de acordo com a sua livre convicção (art. 157 do CPP).

Li, em algum lugar, que os indícios são “testemunhas mudas” que apontam para o possível autor do fato criminoso. No manejo dos indícios, não se pode contestar, o

¹⁴ *Apud op. cit.* em o nº 5 destas notas de rodapé.

juiz deve operar com extremo cuidado mas a cautela redobrada não deve ser motivo para que eles possam merecer excomunhão. Não se pode esquecer que o indício é meio de prova previsto em lei (consta do Título VII, do Livro I, do CPP, que se ocupa “Da Prova”). Por tal razão seu valor, em tese, em nada difere daquele atribuído às chamadas provas diretas.

Na atualidade, diante da nova legislação, não haverá, sequer, necessidade de considerar a delação somente como prova indiciária e muito menos como prova testemunhal, como entendem as “Mesas de Processo Penal da USP”.

Com efeito, seu valor decorrerá do próprio interrogatório do réu (delator), que voltou a assumir um caráter misto ou seja: meio de prova (Capítulo III do Título VII, do Livro I, arts. 185 a 196 do CPP) e, ao mesmo tempo, ato de autodefesa ou defesa material (arts. 185, § 2º e 186, parágrafo único, ambos, do CPP).

Este o valor probatório que o chamamento deverá assumir, desde que também submetido às perguntas por parte da defesa técnica do delatado na parte em que se relacione com a imputação.

10. Todas as considerações aqui feitas referem-se, evidentemente, ao interrogatório judicial (art. 185 a 196 do CPP), não guardando qualquer relação com a ouvida do indiciado na fase do inquérito policial (art. 6º, V do CPP). Esta, juntamente com outras providências indicadas nos arts. 6º e 7º do CPP, servirá apenas de suporte fático para o ajuizamento da ação penal, dado o caráter inquisitivo daquela peça de informação ordinária.

11. Outra observação que se impõe fazer está voltada para a acareação dos co-réus (art. 229 do CPP). Entendo que, persistindo a divergência entre delator e delatado, após a realização das reperfreguntas a respeito da imputação, impossível será a acareação entre os acusados, embora prevista expressamente no art. 229 do CPP.

É que o interrogatório, por força da Constituição Federal e do próprio Código de Processo Penal, não perde seu valor como ato de defesa material, tendo o acusado direito ao silêncio (art. 5º, LXIII da CF), que não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 186, parágrafo único, do CPP). Aliás, o acusado pode até mentir sem que de tal atitude lhe advenha qualquer consequência penal, pois o crime contra a administração da justiça previsto no art. 342 do CP só pode ter como sujeito ativo a testemunha, o perito, o contador, o tradutor e o intérprete, jamais o réu. É lhe vedada, isto sim, a prática da auto-acusação falsa, envolvendo crime inexistente ou praticado por outrem (art. 341 do CPP), pela simples razão de que ao Estado somente interessa punir o verdadeiro culpado. Dessa maneira, a regra do art. 229 do CPP, no que respeita à acareação entre réus, não se viu recepcionada pela nova ordem constitucional.

12. Estendi-me, talvez, além do que pretendia na complementação do meu estudo anterior a respeito do novo tratamento legislativo que o interrogatório judicial veio a merecer por parte de Lei 10.792/2003.

A presença do Ministério Público na ação penal privada¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Assumindo o Ministério Público, na ação penal privada, posição nitidamente secundária em relação ao papel de relevo que desempenha na ação penal pública, sua participação, nos casos em que somente se procede mediante queixa, nem sempre tem merecido exame acurado no objetivo de fixar-se a exata dimensão da sua atuação em tais circunstâncias. Como se verá, larga é a sua atividade nos diversos momentos em que, chamado a officiar, deve trazer seu parecer a respeito de delicadas questões processuais, que, não raro, surgem e que nem sempre são enfrentadas com o desejado requinte, justamente porque descuidado o estudo da sua participação nos casos de ação exclusivamente privada. Não só vasta como complexa é a esfera de atuação que a lei reservou ao Ministério Público em diversos momentos da ação penal privada, traçando uma variegada soma de atribuições, merecedoras, todas, de cuidadoso exame.

2. Demitindo-se da acusação, o Estado, pelo fenômeno da substituição processual, transfere ao particular o direito de acusar, reservando para si, apenas, o direito de punir. Fica, assim, o particular investido da qualidade de parte legítima extraordinária, exercitando o *ius persequendi in iudicio*, somente nos casos indicados em lei, por razões que escapam ao objetivo do presente trabalho analisar. Porém, o caráter publicístico que envolve toda a ação penal, pública ou privada, justifica e exige ampla participação do Estado no seu desenvolvimento, mesmo quando se cogita de exclusiva ação privada, no objetivo primacial da efetiva realização de justiça.

3. Nessa ordem de idéias, o Ministério Público atua, de comum, como fiscal da lei, tal como o permite o art. 257 do C.P.P., nos casos de ação privada. Ao afirmar que a presença rotineira do Ministério Público naquelas hipóteses é a de mero fiscal da lei, fi-lo de forma propositada pois, como adiante pretendo demonstrar, ocorrendo o aditamento da queixa, o Ministério Público, em face do nosso direito positivo, adquire legitimidade *ad causam* para atuar como órgão promotor da ação penal privada, pelo menos na fase inicial de aditamento.

4. O primeiro momento em que o Ministério Público é chamado a manifestar-se sobre a queixa dá-se quando, oferecida a inicial, os autos lhe vão com vista para o fim a que alude o art. 46, § 2.º do C.P.P. O referido dispositivo faz referência, apenas, ao prazo para aditamento da queixa, podendo, numa primeira visão, fazer crer que somente para aquele fim é que se justifica a sua intervenção. É certo, não há dúvida,

¹ Artigo publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 6, p. 79-94, jul./dez. 1977.

que a lei disse menos que pretendeu, pois bem mais ampla e variada é a sua esfera de atuação nesta fase do procedimento, mesmo que não encontre razão para promover o aditamento da queixa.

5a. Examine-se, por primeiro, o problema do aditamento. *Espínola Filho*, se bem entendi seu pensar, manifesta opinião no sentido de que, caso não adite a queixa, o Ministério Público não mais deverá intervir no processo². Com vantagem, obtempera *Tourinho*³ mostrando que, como defensor do interesse público, sempre presente em qualquer ação penal, cabe ao Ministério Público, como fiscal da lei, intervir em todos os termos subsequentes do processo, haja ou não aditamento, buscando, com inteiro acerto, apoio na própria lei processual penal, que não fez distinção, nesse ponto, para as hipóteses de haver ou não aditamento (arts. 45, 257, 500 § 2.º e 600 § 2.º C.P.P.).

Ainda em matéria de aditamento, cumpre analisar algumas questões interessantes, que, segundo entendo, estão a exigir cuidadoso exame. Sabe-se que em matéria de ação exclusivamente privada vige o princípio da oportunidade ou da conveniência pelo qual é facultado ao participar exercer a ação penal; fica a seu alvedrio o *jus accusationis*. Pois bem: em homenagem ao princípio da indivisibilidade da ação, a lei autorizou o Ministério Público a promover o aditamento da queixa (arts. 45 e 48 C.P.C.) para nela incluir outros autores do crime excluídos da inicial. Ao exemplo: se Tício e Caio cometeram um crime de ação privada, compete ao particular promover, se quiser, a ação penal contra ambos, não lhe cabendo excluir da demanda um deles. Caso assim proceda, em obediência à lei processual, cabe ao Ministério público aditar a queixa para fazê-la extensiva ao co-partícipe excluído, formando-se, dessa forma, o inafastável litisconsórcio penal passivo necessário. É que a ação penal há de abranger todos os participantes da infração, visto que a eleição de apenas um tismaria a conduta do querelante com a marca de vindita privada à qual, evidentemente, a justiça não pode dar guarida.

Não deixa, neste passo, de ser curiosa e até paradoxal a solução dada por nossa lei processual ao problema, procurando conciliar o inconciliável, quando, para resguardar a indivisibilidade, sacrifica o princípio da oportunidade. Com efeito, na chamada queixa-crime, como já salientado, dá-se o fenômeno que, na doutrina, recebeu o nome de substituição processual, pois o ofendido, que não é titular do *ius puniendi*, fica autorizado, por razões que, aqui, não teria sentido discutir, a deduzir a pretensão punitiva. Portanto, caso típico de legitimação extraordinária. Porém, quando do aditamento da queixa, o legitimado ordinário para o exercício do direito de ação (M.P.) volta a assumir a posição de órgão promotor, somando à inicial o nome do co-partícipe que, de forma

² Cfr. “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, Eduardo Espínola Filho, vol. 1, pág. 438, Editor Borsoi, Rio, 1965.

³ Cfr. “Processo Penal”, Fernando da Costa Tourinho Filho, 1º volume, pág. 380, 2ª edição, Editora Jalovi, São Paulo, 1975.

indevida, fora excluído do processo pelo querelante. Ora, tal tomada de posição importa na propositura da ação penal contra o co-réu não chamado ao processo pelo legitimado extraordinário. Daqui não há fugir.

Tornaghi, examinando o fenômeno processual em tela, salienta que a modalidade de intervenção do Ministério Público na ação privada, por meio do aditamento, faz dele *parte adjunta*, que irá atuar ao lado do querelante, parte principal, estabelecendo, do mesmo passo, nítida distinção entre a posição de parte adjunta, assessora da atividade do querelante, e a de fiscal da lei⁴, ambas exercidas pelo Ministério Público naquelas circunstâncias.

Se a distinção que se faz entre ação pública e ação privada reside, única e exclusivamente, na legitimidade para agir, certamente o fenômeno processual ora em exame não recebeu, por parte do legislador, o devido tratamento científico. Diria, mesmo, que a solução encontrada pelo nosso Código é, ontologicamente, absurda, pois, diante da lei, a ação, embora efetivado o aditamento, continua sendo privada, daí advindo uma série de consequências práticas.

De fato, ocorrendo o aditamento, passam a figurar como parte autora dois sujeitos, o ofendido (parte principal) e o Ministério Público (parte adjunta), formando um esdrúxulo litisconsórcio penal ativo. Esdrúxulo porque a sorte da lide ficará sempre à mercê da iniciativa do querelante, não podendo o Ministério Público substituir-se à parte principal. Exercendo atividade secundária, não pode evitar que o querelante deixe ocorrer a perempção ou que conceda o perdão ao querelado, mesmo que se trate de réu incluído no processo por força do aditamento.

Talvez, por tratar-se de providência rara de ocorrer na prática, o aditamento não mereceu da doutrina adequado estudo especulativo, nem se costuma ver, nos repositórios de jurisprudência, julgados que espelhem o tema em exame.

5b. Mas não basta criticar o tratamento adotado pelo nosso direito positivo em relação ao aditamento; impõe-se buscar solução adequada para a matéria. A pergunta que, então, se impõe pode ser assim resumida: como conciliar os dois princípios, oportunidade e indivisibilidade, sem assumir defeituosa posição adotada pela nossa lei processual?

Penso, em resposta, que a solução, doutrinária e cientificamente correta, importará em profunda revisão no tratamento legislativo do tema, já que, no meu entender, nos casos de exclusiva ação privada, a não-inclusão na queixa do nome de um dos autores da infração penal deverá importar na renúncia tácita em relação ao partícipe excluído, renúncia que se estenderá a todos os autores da infração penal, com a consequência extinção da punibilidade.

Desapareceria, assim, a figura anômala do aditamento por parte do Ministério Público em casos de exclusiva ação privada, cabendo ao juiz, desde que violada a

⁴ Cfr. “Comentários ao Código de Processo Penal”, Hélio Tornaghi, vol. I, Tomo II, págs. 91/92, Forense, 1958.

indivisibilidade, julgar extinta a punibilidade pela renúncia, rejeitando a queixa (art. 43, II c/c 49 do C.P.P.).

A queixa haveria de abranger a todos os autores da infração penal ou, desobedecida a indivisibilidade, mereceria rejeição, que, em última análise, traduziria, para o particular, um castigo pelo sentimento de vingança ou pelo interesse pecuniário demonstrado, incompatíveis com os superiores objetivos da função punitiva do Estado.

Aqui fica a sugestão.

5c. Outra questão interessante, no que tange ao aditamento da queixa, relaciona-se com os limites da providência, pois, a meu ver, a iniciativa só encontra amparo na lei na medida em que protege a observância do princípio da indivisibilidade da ação penal privada em relação a todos os autores do crime, não admitindo qualquer outra iniciativa do Ministério público no objetivo de ampliar o pedido formulado pelo querelante. É como deixam claro os arts. 45 e 48 do Código de Processo Penal, que não podem ser vistos insuladamente, mas, ao contrário, exigem exame conjunto e sistemático. Dessa forma, se o suporte fático da queixa evidenciar a ocorrência de outro crime de ação privada não excogitado na queixa, nem por isso estará o Ministério Público autorizado a promover o aditamento da inicial para, nela, incluir o delito omitido. Tal direito só é conferido ao Ministério Público quando em jogo crime de ação penal pública (art. 384 § único C.P.P.). Aliás, nem mesmo o juiz poderá pretender que o querelante promova o aditamento da queixa, pena de violar o princípio da oportunidade, norteador da ação privada. Se o fato apurado no sumário é idêntico ao descrito na queixa mas esta o classificou de forma equivocada, o juiz poderá alterar a classificação, ainda que para aplicar pena mais grave, sem que tal importe na violação dos princípios básicos da ação privada, pois, ao deslocar a classificação, age o magistrado em estrita observância ao disposto no art. 383 da lei processual penal básica. Não há falar de punição *in pejus*, pois o querelado tomou a si defender-se da acusação narrada na queixa e não do delito aí capitulado. Não cabe aqui abordar a discutível constitucionalidade do aludido art. 383, atingindo o princípio da ampla defesa protegida pela Lei Maior, defesa que, na realidade, se exercita não somente em relação ao fato narrado, mas também e, talvez, principalmente para definição jurídica que o fato mereceu. Seria assumir posição farisaica, não reconhecer tamanha verdade. Porém, o Pretório maior, ao ferir de passagem a questão, já decidiu que a faculdade a que alude o art. 383 “deve ser causada com cautela”.⁵

A esta altura tem pertinência a indagação: e o querelante poderá pretender o aditamento?

A lei não prevê a providência mas nada impedirá que, por interpretação extensiva ao art. 384 § único do C.P.P., se permita à parte autora aditar a queixa, desde que, em

⁵ Cfr. “Jurisprudência Criminal”, Heleno Cláudio Fragoso, pág. 192, nº 266, Forense, Rio.

contrapartida, se assegure à defesa o direito de resposta ao aditamento com o conseqüentário lógico, daí decorrente, caracterizado pela faculdade da produção de provas.

5d. *Quid iuris* se, embora oferecida queixa, restou evidenciado que o fato narrado constitui crime de ação pública?

Parece-me que, nesse passo, caberá ao Ministério Público manifestar repúdio à queixa, postulando no objetivo da sua rejeição, por carência de ação do particular (art. 43, III C.P.P.). Rejeitada a inicial e decorrido o prazo legal do recurso cabível (art. 581, I C.P.P.) ou improvido o interposto pelo querelante, os autos voltariam com vista ao Ministério Público para apreciar a peça de informação, oferecendo, desde logo, a denúncia ou requisitando a abertura de inquérito policial (art. 5º, II C.P.P.). De qualquer forma, não será possível ao Ministério Público substituir, desde logo, a queixa pela denúncia ou por outra qualquer providência, já que, bem ou mal, há um pedido formulado a exigir a devida prestação jurisdicional.

5e. Qual o *modus faciendi* do aditamento?

O Código não traçou normas regulando a forma do aditamento nos diversos momentos em que, dele, se ocupou (arts. 45 e 384 § único), quer se trate de aditamento em caso de ação pública quer se cogite de aditamento em hipótese de ação exclusivamente privada. Não resta dúvida, porém, que, na sua essência, o ato processual de aditamento deve apresentar-se como uma peça formal, contendo todos os requisitos de uma petição inicial e, pois, revestindo-se das exigências contempladas no art. 41 do Código de Processo Penal. Assim, na petição de aditamento, o Ministério Público deverá indicar o nome do imputado (ou imputados), a qualificação completa ou esclarecimentos pelos quais possa ele ser identificado, bem como indicar as provas que pretende produzir em prol do que afirma, tudo por força das regras contidas nos arts. 41, 45 e 48 do diploma processual. Desprezível a tomada pro termo do aditamento, formalismo, *à outrance*, muito em voga no foro, mas destituído de qualquer sentido técnico e prático. Essencial, sim, será o recebimento do complemento da inicial por parte do juiz, juntamente com a queixa originária, promovendo-se, ao empós, a citação de todos os réus para o fim da formação da relação processual válida.

5f. Pode surgir delicada questão, caso o aditamento venha a ser rejeitado. Cabe recurso contra aquela decisão? Penso que sim, pois aquela providência jurisdicional não se reveste da natureza de mero despacho de expediente, apresentando, o caráter de verdadeira decisão interlocutória terminativa. Resta saber qual o recurso cabível, questão que, *a vol d'oiseau*, pode parecer despida de maior dificuldade, mas que, ao contrário, exige algumas considerações. A resposta intuitiva para a indagação indicaria que o recurso adequado vem gizado no art. 581, I do Código de Processo Penal. Mas cumpre ponderar que os casos de recurso inominado são, todos eles, de direito estrito, não admitindo, em consequência, a possibilidade de invocação à analogia. *Eliezer*

*Rosa*⁶, discorrendo *ex professo* sobre o tema, refuta a possibilidade de haver aplicação analógica, “estendendo-se a hipótese legal à hipótese concreta não prevista literalmente”. E acrescenta: “a vantagem ou desvantagem de um recurso casuísta de número fechado, está exatamente em não permitir aplicação analógica. Aliás, deixaria de ser recurso típico, estrito. O elenco legal é taxativo e obrigatório. E por ser obrigatório e taxativo é que não deve o juiz indeferir nenhum recurso que realiza a tipicidade legal. Não deve e não pode legalmente indeferir. A matéria de cabimento de recurso de casuísmo legal não admite interpretação. Ou está na lei ou não está. Não há ampliação possível a outros casos”. A lição é perfeita. Na verdade, de duas uma: ou o recurso está na lei ou não está; *tertius non datur*. Sem embargo daquelas considerações, *Espínola Filho*⁷ sustenta a possibilidade de ampliação, por analogia, dos casos de recurso em sentido estrito, fazendo, inclusive, referência à observação de *Borges da Rosa* no sentido de que a enumeração é taxativa quanto ao espírito do texto legal mas não quanto às suas expressões literais, de sorte que embora o novo caso não se subsuma, de forma exata, aos enumerados na lei, deve ser admitido desde que se identifique com a finalidade de qualquer uma das hipóteses indicadas no texto legal. Assim, sendo, embora não prevista a rejeição o aditamento da queixa no elenco do art. 581 da lei processual, teria cabimento, por auto-integração analógica da norma, a interposição do recurso com base o inciso I. A lacuna da lei ficaria preenchida por meio de norma homogênea, isto é, advinda do mesmo estatuto processual. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua Primeira Câmara⁸, seguindo tal orientação, em hipótese semelhante, firmou o cabimento do recurso em sentido estrito contra o indeferimento da modificação (*sic*) da queixa, visando a tornar mais grave a acusação por meio de nova definição jurídica. Portanto, para os que admitem como não proscria a ampliação por analogia dos casos de recurso em sentido estrito, a dificuldade estria superada.

Porém, como ficam os que, em relação ao tema, se contrapõem àquele entendimento?

Parece-me que a lei processual penal dá recurso adequado para a espécie ao conceder apelação contra as decisões definitivas ou com força de definitivas proferidas por juiz singular, nos exatos termos do art. 593, II.

Dada a natural dúvida que a matéria suscita, o uso de um ou de outro remédio processual não deverá acarretar prejuízo para o sucumbente, amparado, de qualquer modo, pela regra do art. 579, cabendo ao juiz, desde que reconheça a impropriedade do recurso interposto, mandar processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível, por meio da conversão do recurso impróprio no próprio, como o permite o princípio da fungibilidade.

⁶ Cfr. “Dicionário de Processo Penal”, Eliézer Rosa, pág. 179, “Editora Rio”, 1975.

⁷ *In op. cit.*, vol. 6, pág. 77.

⁸ *Apud*. “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, Eduardo Espínola Filho, vol. 6, pág. 90, Editor Borsoi, Rio, 1961.

5g. Cumpre, agora, perguntar: o Ministério Público fica obrigado a aditar a queixa desde que em jogo o resguardo do princípio da indivisibilidade?

*Tornaghi*⁹, com a segurança do seu saber, ensina que “a lei dá ao Ministério Público a faculdade, não o dever de aditar”, daí dizer o art. 45 da lei dos ritos que a queixa poderá ser aditada. Em que pese o respeito que me merece a opinião do precursor da sistematização científica do processo penal brasileiro, penso que o art. 45 padece de dicção imprópria, não podendo ser visto insuladamente, mas sim em cotejo com o art. 48 do Código de Processo Penal que *obriga* o Ministério Público a velar pela indivisibilidade da ação penal. Ora, se a queixa contra qualquer dos autores do crime *obrigará* ao processo de todos e o Ministério Público *velará* pela sua indivisibilidade, é evidente que o caráter imperativo da norma não dá opção àquele órgão do Estado, que, sempre que violado o princípio da indivisibilidade, deverá aditar a queixa.

5h. O prazo para o aditamento da queixa, conforme soa o art. 46 § 2º, será de três dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos com vista (art. 800 § 2.º C.P.P.), não se computando o dia do começo mas incluindo-se o do vencimento (art. 798, § 1.º C.P.P.). Tratando-se de prazo de natureza processual, não se pode incluir, no cômputo do prazo, o dia do começo, tal como se dá quando da aplicação da lei penal material. (Art. 8 C.P.). Nada impede, evidentemente, que leis extravagantes estabeleçam outros prazos para aditamento, como ocorre, por exemplo, com a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 09-2-67), em que a providência pode ser tomada dentre em 10 dias. (Art. 40 § 3º).

É interessante observar que a lei penal instrumental, na fase procedimental referida no art. 46 § 2.º, contenta-se com o silêncio do Ministério Público que, a rigor, pode deixar escoar o prazo sem emitir qualquer parecer, limitando-se a devolver os autos ao escrivão, desde que entenda desnecessário qualquer pronunciamento a respeito da queixa, quer em relação ao aditamento quer em relação a outras questões processuais.

O prazo para aditamento, segundo penso, é a de preclusão forte: vale dizer: decorrido o tríduo estabelecido na lei processual (art. 46 § 2º), fica o Ministério Público impedido de aditar a queixa.

Pode ocorrer, no entanto, que *novos* fatos apurados na instrução indiquem a necessidade do aditamento. Agora, em face da revelação de novos dados, fica o Ministério Público autorizado a aditar a queixa, já que resta de pé o preceito contido na norma do art. 48 da lei processual penal. O aditamento, nestas circunstâncias, importará no refazimento dos atos de instrução já praticados, sem prejuízo da realização de outros atos de instrução probatória decorrentes do acréscimo.

Torna-se evidente que a medida será impossível caso o processo já tenha sido objeto de sentença final, embora não definitiva. Nessa emergência só restará, como

⁹ *In op. cit.*, pág. 91.

único remédio capaz de resguardar a indivisibilidade, a instauração de novo processo pelo querelante caso não ocorrido a extinção da punibilidade.

Agora, segundo entendo, somente o querelante pode, como parte principal, propor nova ação perante o mesmo juiz, já que a lei só dá ao Ministério Público o direito de aditar a queixa já proposta, atuando como parte adjunta, mas não lhe concede qualidade para propor ação penal privada, como parte principal, por falta de legitimidade *ad causam* ativa. Caso o querelante não promova a ação contra o co-partícipe excluído da primeira demanda, restará violado o princípio da indivisibilidade da ação penal, que a lei, com tanto cuidado, buscou resguardar.

5i. No projeto de Lei nº 633/75, relativo ao Código de Processo Penal, ora em fase final de exame pelo Congresso Nacional, o aditamento apresenta algumas novidades. Assim, é permitido o acréscimo da queixa quando aplicável medida de segurança ou pena indeterminada (art. 268 § 1.º), indicando, ainda, o art. 271 que o aditamento deverá revestir-se dos mesmos requisitos de uma inicial (art. 265), no que for aplicável. Merece elogio a redação do art. 268 do Projeto quando salienta que nos crimes de ação privada, o juiz, depois de ser-lhe apresentada a queixa, mandará ouvir o Ministério Público para aditá-la *ou requerer o que entender conveniente*. Como já assinalado (Cf. n.º 4), não constitui única finalidade da visa ao Ministério Público, nesta fase, o aditamento ou não da queixa, tal como consta da defeituosa redação do Código em vigor (art. 46 § 2.º). Corrige-se, dessa maneira, a fórmula incompleta da atual lei processual penal. Outra singularidade do Projeto consiste em ampliar o prazo de que disporá o Ministério Público para requerer providências (aditamento ou qualquer outra cabível), fixado, em 5 (cinco) dias (art. 268).

6. Ficou dito, no início do presente estudo, que a atuação do Ministério Público, ao estudar a inicial, não se restringe ao eventual aditamento da queixa (Cf. n.º 4), mas que, ao contrário, muito diversificada poderá ser sua atividade nesta fase do procedimento em que uma série de outros temas estão a exigir seu pronunciamento. De fato, compete-lhe, como fiscal da lei, examinar, nessa ocasião, os pressupostos processuais, as condições da ação, o suporte fático da queixa, o aspecto formal da inicial (art. 41 C.P.P.) e a instrução do pedido, manifestando seu parecer, conforme o caso, a respeito de cada uma dessas questões. É certo que se nada tiver a arguir bastará apor o seu *nihil obstat*, sem necessidade de analisar, em promoção fundamentada, cada um dos temas que foram objeto de seu estudo. É comum, na praxe forense, afirmar a Promotoria, naquela oportunidade, que “nada tem a aditar à queixa”, fala que, mais uma vez insisto, não me ressaibe adequada, pois incompleta, retratando uma atuação atrofiada do Ministério Público nesta fase do procedimento, tendo em vista o número infindável de assuntos da maior relevância, para o desenvolvimento regular da instância, que foram objeto de estudo.

7. Incumbe, em primeiro lugar, ao Ministério Público, examinar os pressupostos processuais cuja falta pode comprometer a relação processual, impedindo-a de nascer,

quando ausente um pressuposto de existência, ou viciando-a, se faltar um pressuposto de validade da instância, apontando, desde logo, ao magistrado, a nulidade e indicando, conforme o caso, o caminho a seguir e a solução cabível.

Ausente uma das condições da ação, só restará ao Ministério Público opinar pela rejeição da queixa, em face da carência de ação do autor (Art. 43 C.P.P.).

Se a falta guardar relação com o aspecto formal da petição inicial (art. 41 C.P.P.), caberá ao Ministério Público, apontando as omissões, requerer sejam elas supridas, muito embora tais omissões não se apresentem como impeditivas do recebimento da queixa, pois, a todo o tempo, antes da sentença final, poderão ser supridas (art. 569 C.P.P.). Averbe-se que o dispositivo em questão não trata da queixa inepta, mas da inicial omissa em ponto secundário, pois, no primeiro caso, não há falar em sanatória, impondo-se rejeição liminar da inicial.

Em jogo o suporte fático da queixa, deverá o Ministério Público observar, sem grande profundidade, se a inicial guarda compasso com a instrução probatória que lhe serve de base, salvo, é evidente, quanto a diligências que devam ser realizadas no juízo criminal que se produzirá em juízo colherá todos os esclarecimentos necessários para a realização de um julgamento justo, complementando-se ou não as eventuais deficiências de prova até a prolação da sentença.

No que respeita à instrução do pedido, a exigência mais comum, nesta fase, consiste na necessidade da regularização formal do mandato, que, em se tratando de queixa, deve obedecer às regras do art. 44 da lei processual penal. No mandato, além dos poderes especiais conferidos ao procurador, que deve possuir habilitação técnica, torna-se imprescindível a menção do fato havido como criminoso (não a classificação do crime), providência que visa a acautelar o mandatário dos riscos da prática do crime de denúncia caluniosa (art. 339 C.P.), sem falar na eventual responsabilidade civil a que estaria obrigado, caso não estivesse acobertado pelos termos da procuração. O querelante, caso não seja advogado legalmente habilitado, deverá constituir patrono para promover a ação penal. Ser-lhe-á lícito postular em causa própria desde eu tenha habilitação legal ou, se for o caso, quando, no lugar, não houve advogado ou, ainda, no caso de recusa ou de impedimento dos que existirem. Aplica-se, por hetero-integração analógica, o disposto no art. 36 do Código de Processo Civil. É preciso ter em conta que são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoas não inscritas na Ordem ou por inscritos impedidos ou suspensos, sem prejuízo das sanções civis ou penais em que incorrerem tais pessoas (art. 76 da Lei 4.215, de 24-4-63).

Caso a parte, por pobreza, não disponha de recursos indispensáveis para promover a ação penal ou, mesmo, para constituir advogado, caberá ao juiz providenciar na forma do art. 32 do Código de Processo Penal, gozando o querelante, do mesmo passo, da isenção do depósito de custas (art. 806 C.P.P.), desde que, evidentemente, comprove a sua pobreza. Em nosso Estado, cabe à Defensoria Pública, órgão de atuação da Assistência

Judiciária, propor a ação penal privada nos casos em que a parte for juridicamente necessitada (art. 22, VII da Lei Complementar n.º 06 de 12-5-77).

8. Pode ocorrer que a peça de informação chegada ao conhecimento do Ministério Público demonstre a ocorrência de duas infrações penais conexas, uma perseguível por ação pública e outra com sua persecução criminal dependente de ação privada. Sabemos, outrossim, que a conexão importa em unidade de processo e de julgamento (art. 79 C.P.P.). Porém, na hipótese, as duas infrações só seriam reunidas em um mesmo processo e encontrariam deslinde em única sentença, caso o titular da ação privada resolvesse vir a juízo promover a persecução criminal, ocorrendo, então, cumulação de ações.

Aliás, no caso formulado, dada a diversidade de princípios que regem as duas ações pública e privada, melhor seria que o juiz, usando da faculdade que lhe assegura o art. 80 da lei dos ritos, determinasse a separação dos processos. Julgo ser este o melhor caminho a seguir, visando a não prejudicar o andamento da ação pública.

9. Nas infrações penais perseguíveis por ação privada, pode o interessado requerer a abertura de inquérito (art. 5 § 5.º C.P.P.), formalizando o requerimento de acordo com o disposto no art. 5 § 1.º da lei instrumental penal. Pois bem: concluído o inquérito e remetido ao juiz natural do feito, devem os autos permanecer em cartório, aguardando a iniciativa do interessado (art. 19 C.P.P.). No foro é comum, em tais casos, remeter-se o procedimento com vista ao Ministério Público, providência que, no meu entender, não tem qualquer sentido técnico, já que o Ministério Público nada tem a promover em relação ao feito. Porém, se de um lado a praxe não se apresenta revestida da melhor técnica processual, de outro, apresenta a vantagem de permitir, desde logo, o exame da peça de informação por parte do Ministério Público, ensejando, inclusive, o início de atos de persecução criminal caso se verifique a existência de infração penal de ação pública conexa. De qualquer forma, se a iniciativa do interessado não se fizer sentir no prazo de decadência (ou ocorrendo outra causa de extinção da punibilidade), caberá ao juiz declarar, de ofício, a extinção da punibilidade (art. 61 C.P.P.), caso, antes, o indiciado ou o próprio Ministério Público não hajam postulado aquela medida.

10. Merece exame especial a posição do Ministério Público em relação à questão de mérito ventilada no processo. Em outras palavras: deve o Ministério Público limitar sua atividade ao exame do aspecto formal da ação penal privada ou opinar, também, a respeito do mérito?

Chamado a atuar na queixa como fiscal da lei, sua participação, como órgão interveniente, deve ser a mais ampla possível, propiciando a ocasião de examinar não apenas os incidentes de forma, mas, igualmente, o mérito do pedido.

Aditando ou não a queixa, quando convocado a officiar em alegações finais, preocupado com a correta aplicação da lei e com a restauração da ordem jurídica violada, o Ministério Público deve, igualmente, manifestar seu parecer a respeito do mérito. Aliás, mesmo quando exercita a ação penal pública, o Ministério Público atua

como órgão do Estado voltado, exclusivamente, para a correta aplicação da lei, pois o Estado não tem qualquer interesse na condenação ou na absolvição do réu. O único objetivo do Estado é o da realização de justiça. Daí a distância que o Ministério Público guarda em relação às partes da relação jurídica material (imputado e ofendido). Assim também na queixa. Participando da contradição posta em juízo por outros (querelante e querelado), o Ministério Público deve empenhar-se, ao lado do organismo jurisdicional encarregado de entregar a prestação jurisdicional, no escopo comum da correta atuação da lei no caso concreto.

Aliás, no campo do processo civil, outra não é a posição do Ministério Público quando atua, em favor do interesse público, na qualidade de fiscal da lei, sem qualquer vinculação que não a de resguardar a neutralidade do juiz, figura central do processo e sujeito *pù eminente* da relação processual, no sábio dizer de *Manzini*¹⁰. Intervindo daquela maneira, terá vista dos autos depois das partes (art. 83, I C.P.C.), opinando sobre o mérito da maneira que lhe parecer mais justa.

Por que, nos casos de exclusiva ação privada, onde em jogo a liberdade individual, haveria o Ministério Público de restringir sua atuação ao campo, apenas, das questões processuais?

Assim, segundo penso, em alegações finais o parecer do Ministério Público deve ser abrangente de toda a matéria discutida, incluindo o mérito, questão principal.

Ainda aqui, o Código em vigor não concedeu tratamento adequado ao Ministério Público, mostrando-se distante da real posição que aquele órgão do Estado desempenha na ação penal privada. De fato, ao tratar do processo comum, estabeleceu regra segundo a qual, nos processos por crime de ação privada, o Ministério Público terá vista dos autos depois do querelante (art. 500 § 2.º). Esta, em consonância com o que ficou dito, não pode ser a melhor posição, pois, atuando como fiscal da lei, o Ministério Público, tal como dispõe a lei instrumental civil (art. 83, I), deveria, necessariamente, officiar após a fala do querelado.

11. A falta de intervenção do Ministério Público nos casos em que procede somente mediante queixa acarreta nulidade para o processo?

Haverá nulidade, é fora de dúvida, quando não se der a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, *quando se tratar de crime de ação pública* (art. 564, III d C.P.P.). Assim mesmo, em casos que tais, cogita-se de nulidade relativa, sujeita a sanação, caso não argüida em tempo hábil (art. 572 C.P.P.). Aqui, como em tantas outras oportunidades, não seguiu o atual Código o melhor caminho, mostrando visível contraste com a posição tomada no atual Código de Processo Civil, que elevou à categoria das nulidades absolutas a falta de participação do Ministério Público no feito em que deva intervir (arts. 84 e 246 C.P.C.).

¹⁰ *Apud.* “Manual de Direito Processual Civil”, José Frederico Marques, vol. 1, pág. 172, Edição Saraiva, 1974.

Este, no entanto, não é o objeto da indagação e se cogitei do tema foi, tão somente, para demonstrar o tratamento Penal em vigor.

Mas, sem delonga, volto a inquirir: os preceitos que regem a atuação do Ministério Público na ação privada apresentam-se como normas perfeitas?

A resposta não se reveste de tranqüilidade, pois dependerá da posição assumida pelo estudioso do problema em relação ao tema das nulidades no processo penal. *Tourinho*¹¹ é de parecer que em processos dessa natureza não há falar em nulidade pela omissão caracterizada pela não intervenção do Ministério Público. Mas acrescenta, em demonstração de certa perplexidade, que “poder-se-á dizer que a nulidade estaria prevista no item IV do art. 564, muito embora sanável”. Mas, justamente aí, a questão torna-se polêmica, pois grande parte da doutrina espousa entendimento no sentido de que a nulidade ocorrerá somente quando for omitida alguma formalidade substancial relativa a ato essencial do processo e tais atos viriam catalogados no inciso III do art. 564. Na verdade, parece difícil admitir que a omissão de um ato não essencial deixasse de ser erigida à categoria de nulidade para constituí-la a simples omissão de formalidade a ele inerente. Assim sendo, por não se encontrar referida no elenco do inciso III do art. 564, a falta de intervenção do Ministério Público, nos casos em que somente se procede mediante queixa, poderia ser vista, quando muito, como mera irritualidade, surgindo, assim, como normas imperfeitas os preceitos legais que regulam a atuação do Ministério Público naquelas hipóteses.

Abra-se exceção para os crimes de imprensa onde o tema não suscita dúvidas, pois a lei, expressamente, considerou obrigatória a intervenção do Ministério Público em *todos* os processos por abuso de liberdade de imprensa, *ainda que privados* (art. 40 2.º da Lei 5.250 de 9-2-67).

12. *Last but not least*, algumas observações pertinentes à legitimidade e ao interesse que o Ministério Público possa ter em recorrer nos casos de exclusiva ação privada. O tema, para melhor análise, precisa merecer enfoque em função do que ficou assinalado (*supra* n.º 3) a respeito da posição que o Ministério Público assume na relação processual em tais hipóteses assim como em face do pronunciamento de mérito que venha a emitir em alegações finais (*supra* n.º 10). Se absolutória a sentença, aditando ou não a queixa, não me parece possível tenha o Ministério Público qualquer interesse na reforma do julgado. Cabe ao querelante, sucumbente, usar do recurso voluntário próprio (art. 593, I C.P.P.), caso pretenda a reforma da sentença proferida no primeiro grau de jurisdição. Assinale-se que a situação não muda de natureza inda que, em finais, tenha o Ministério Público, secundando o querelante, opinado no sentido da procedência do pedido. É fácil explicar tal posição doutrinária, partindo do princípio segundo o qual o Estado, nos casos de exclusiva ação privada, só exerce o direito de punir se o interessado direto

¹¹ *In op. cit.*, vol. I, pág. 381.

(ofendido) o quiser. Assim como, pelo princípio da oportunidade, o interessado poderia não ter exercido o direito de queixa, dica à mercê do querelante desistir da queixa, por força, agora, do princípio da disponibilidade, perdando o querelado ou deixando ocorrer a perempção da ação penal. Por via de consequência, fica ao sabor do querelante deixar transitar em julgado a sentença favorável ao réu. Lei, por sinal, vai bem mais longe, ao permitir o perdão mesmo após a sentença condenatória desde que anterior ao trânsito em julgado. (Art. 107 § 3.º C.P.).

Portanto, seria verdadeira aberração admitir-se o apelo do Ministério Público contra a sentença absolutória em caso de ação privada, por falta de interesse do Estado em ver punido o réu. É conclusão lógica, que deflui dos princípios informadores da ação penal privada.

Nada obstará, no entanto, que, havendo recurso do querelante, o Ministério Público junto ao primeiro grau de jurisdição, manifeste livremente seu parecer, quando chamado a oferecer razões (art. 600 § 2.º), podendo, inclusive, opinar em favor do provimento da apelação interposta pelo querelante.

Diversa será a situação quando se tenha que examinar a sentença condenatória. Formule-se a hipótese de o Ministério Público, em sua fala, por ocasião das alegações finais, entender que o querelado merece absolvição: o juiz, discordando, prolata sentença condenatória e o querelado, por fás ou por nefas, deixa de interpor recurso. Em tal caso, com ou sem aditamento da queixa, o Ministério Público, como órgão do Estado fiscal da correta aplicação da lei, tem manifesto interesse na reforma da decisão que lhe parece injusta, coerente, aliás, com o pronunciamento emitido por ocasião das alegações finais. Não colhe o argumento que, não sendo o Ministério Público parte na relação processual que se desenvolveu, careceria de legitimidade para recorrer. A objeção reveste-se de fragilidade pois, como pretendo haver demonstrado, em caso de aditamento, o Ministério Público não se limita a atuar como *custus legis*, mas, pelo impulso processual que dá à queixa, nela incluindo um novo querelado, assume, de forma inequívoca, a posição de parte. Demais disso, a clássica conceituação Chiovendiana¹² de parte [“aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”], se bem que dominante na doutrina, vem sofrendo ampliação, partindo dos estudos de *Liebman*¹³, que, ao examinar a atuação do Ministério Público como órgão interveniente, vislumbra naquela situação “*uma pozione molto vicina a quella di una parte*”. Partindo da observação do emitente Professor da Universidade de Milão, *José Fernando da Silva Lopes*¹⁴, ilustre Promotor Paulista, na premiada monografia “O Ministério Público e o Processo Civil”,

¹² Cfr. “Instituições de Direito Processual Civil”, Giuseppe Chiovenda, vol. II, pág. 234, Edição Saraiva, São Paulo, 1969.

¹³ *Apud.* “O Ministério Público e o Processo Civil”, José Fernando da Silva Lopes, pág. 78, Edição Saraiva, São Paulo, 1976.

¹⁴ *In op. cit.*, págs. 78/79.

defende opinião que o Ministério Público é sempre parte, embora sujeito processual que intervém num processo formado entre outros, pois quem participa do processo, desfrutando de um complexo de direito e faculdades que vão influir no julgamento do mérito, é parte. E conclui, repetindo *Allorio*, “*perchè codesto nuovo soggetto que s’immette nel processo è, indubbiamente, aprte, dato chefa quel che le parti solamente, non il giudice, possono fare*”. Dessa forma, dentro de uma conceituação ampla, o Ministério Público, muito embora atuando como mero fiscal da lei, poderia ser visto como parte e, pois, teria qualidade para recorrer. Porém, prescindindo da discussão doutrinária a respeito do conceito de parte, merece lembrança o fato de que a própria lei processual confere ao ofendido, terceiro que não foi parte na relação processual, o direito de apelar (art. 598 C.P.P.). É o fenômeno processual que, na doutrina, à falta de melhor designação, recebeu o nome de sucumbência reflexa. Ora, na realidade, o terceiro, por não haver integrado a relação jurídica processual, não sofreu qualquer gravame, mas, no entanto, tem *interesse* em recorrer.

Mutatis mutandis, aqui também o Ministério Público, mesmo atuando como fiscal da lei, mesmo que lhe seja negada a qualidade de parte na relação jurídica processual, pode e deve recorrer contra a sentença condenatória ilegal ou injusta. Como salienta o Professor *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*¹⁵, sem favor um dos novos valores mais expressivos do *Parquet* do Rio de Janeiro, ao examinar a legitimidade e o interesse do Ministério Público em recorrer de sentença condenatória, “se o Ministério Público pode antes da sentença condenatória interpor *habeas corpus*, pedir absolvição em alegações finais e, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, requerer revisão criminal, por que no curso do processo, isto é, após a sentença do primeiro grau, não pode recorrer para a exata e correta aplicação da lei, que nada mais é que um dever do órgão?”

A observação, que me parece perfeita, vem mostrar, agora, que não estamos no campo da mera especulação doutrinária; ao contrário, a própria interpretação sistemática da lei só pode levar à conclusão de que o Ministério Público dispõe de interesse para recorrer em favor do réu, desde que a sentença condenatória traduza ilegalidade ou injustiça.

No processo civil, corrigindo-se lamentável omissão do Código de 1939, o Ministério Público dispõe, hoje, de legitimidade para recorrer “assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei”. (art. 499 § 2.º).

Por que não cogitou o Projeto de incluir no texto do futuro Código de Processo Penal dispositivo idêntico ao da atual lei instrumental civil, acabando, de uma vez por todas, com a polêmica que a matéria suscita?

É outra sugestão que teria a apresentar em prol do aperfeiçoamento do novo estatuto processual.

¹⁵ “Ministério Público. Legitimidade e interesse em recorrer de sentença condenatória”, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, in “Revista de Direito Penal”, n.ºs 19/20, pág. 119.

O tema comporta amplo estudo, superando os limites do presente trabalho, onde é visto apenas como um dos aspectos do campo de atuação do Ministério Público na ação privada.

13. Perdoe-me o leitor eventual e paciente. Já vão longas estas linhas, prolongando-se, talvez, além do razoável. É que voltadas, antes de tudo e sobretudo, para o estudo de temas processuais relegados ao esquecimento, em parte como decorrência natural do deficiente tratamento legislativo que mereceram, de outra parte fruto da raridade de incidência de algumas das questões aqui ventiladas. Todas elas, não há negar, do maior interesse para o estudioso do processo penal.

Reflexões sobre o exercício da Curadoria no Processo Penal¹

Sergio Demoro Hamilton

1 - A figura do curador no processo penal apresenta-se aos olhos do intérprete da lei sob diversos aspectos. A primeira modalidade, por sinal a de mais comum incidência, está ligada ao curador do indiciado ou do réu menor. É neste sentido que a lei processual básica trata do tema nos arts. 15 e 194. De outra feita, a lei instrumental penal volta-se para o assunto no incidente da insanidade mental do acusado, cuidando, agora, da dúvida surgida, no curso do processo ou mesmo do inquérito, sobre a integridade mental do imputado (ou do indiciado), com os inevitáveis reflexos, daí advindos, envolvendo a eventual inimputabilidade do acusado (arts. 149 § 2º e 151 do CPP). Há, também, uma terceira intervenção do chamado curador especial (art. 33 do CPP) atuando, aqui, segundo a lição de Tourinho, como verdadeiro substituto processual². Nessa última forma de atuação o curador especial atua no pólo ativo da relação processual ao contrário do que se dá nas duas primeiras maneiras de intervenção do curador onde sua presença está voltada para tutelar os interesses do réu.

2 - Cabe-me, por primeiro, examinar a curadoria do indiciado ou do réu menor, justamente aquela que, na prática, surge com maior freqüência no dia-a-dia forense.

Na fase pré-processual deve o curador atuar no inquérito policial (art. 15 do CPP) e no auto de prisão flagrante (art. 8º do CPP), este, por sinal, um inquérito policial que se inicia pela prisão do indiciado, por tal razão chamado de *notitia criminis* coativa. Velho julgado do Supremo Tribunal Federal afirmava que constitui nulidade a ausência de curador ao réu (*sic*) menor, no inquérito policial³. É evidente que tal entendimento jurisprudencial não poderia substituir por desafiar o próprio texto legal que regula a espécie no Código de Processo Penal. Na verdade, o art. 15 da lei processual apresenta-se à luz do intérprete como uma norma imperfeita, já que revestida de preceito mas destituída de sanção. Basta, para tanto, examinar o disposto no art. 564, inciso III, letra “c” do código instrumental penal para que se constate, com facilidade, que a nulidade a que se refere o texto da lei alude à figura do réu, não fazendo qualquer referência ao indiciado. E assim há de ser, pois que as irregularidades acaso ocorridas na fase procedimental, em regra, não contaminam a ação penal, principalmente em se tratando da prova oral, normalmente

¹ Artigo publicado originalmente na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 3, p. 167-178, jan./jun. 1996.

² Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 01, p. 345, Editora Jalovi, 1979.

³ Darcy Arruda Miranda, *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, vol. IX, p. 89, Editora Revista dos Tribunais Ltda., com referência ao julgado do STF no *Habeas Corpus* nº 30.353, de 14.07.48, Rel. Ministro Ribeiro da Costa.

repetida, sob o crivo do contraditório, quando do desenvolvimento do processo penal. O Pretório Maior, atualmente, já firmou entendimento no sentido de que o vício do inquérito policial não anula a ação penal, por tratar-se aquele procedimento persecutório com caráter administrativo de mera peça de informação.⁴ Com o devido respeito pela mais elevada Corte de Justiça do País, gostaria de ponderar que a afirmação, no que respeita ao curador do indiciado, ou ainda em relação à prova oral *in genere*, abrangendo testemunhas e ofendido, merece integral acatamento. Porém, o mesmo não pode ser dito quando em jogo a prova técnica, visto que esta nem sempre poderá ser repetida, acarretando, assim, o vício nela contido, eventualmente, nulidade para o processo. Porém, no que respeita à omissão de nomeação de curador para o indiciado menor não ocorrerá qualquer nulidade para a ação. Estaremos diante de mera irregularidade ou irritualidade do ato. E só. Trata-se, sem dúvida, de omissão deplorável da parte da autoridade policial, mas que, nem por isso, contamina a instância.

A omissão apresenta singularidade quando se tratar da prisão em flagrante do indiciado. Também aqui, a falta não acarreta nulidade do processo, mas traz, sem dúvida, conseqüências práticas para a validade do auto respectivo, eis que em matéria de prisão *forma dat esse rei*. Em outras palavras: a prisão, sempre e sempre, há que ocorrer nos casos em que a lei contempla assim como na forma prescrita pelo direito positivo. Em síntese: a prisão, seja ela qual for, se dará, em qualquer caso, *secundum legem*. Colocada a questão nestes exatos termos, segue-se que a violação do art. 15 do Código de Processo Penal trará como conseqüência constrangimento ilegal para o indiciado, devendo ser relaxada. Cumpre registrar, no entanto, que, embora ocorrida a irregularidade, nada impede que o auto de prisão em flagrante venha a subsistir como peça de informação para o ajuizamento da ação penal por parte do Ministério Público ou do querelante. É curioso assinalar que no processo criminal anteriormente vigente no Distrito Federal, ao tempo da pluralidade processual, a polícia só era obrigada a nomear curador ao indiciado menor quando respondesse por prática contravencional, à vista do que dispunha o art. 491 § 2º, *in fine* do Código de 1924⁵. O Código em vigor não faz qualquer distinção, qual se lê do art. 15. Observando-se, ainda, os arts. 6º, V e 304, *caput*, do CPP, chega-se à conclusão de que no interrogatório policial devem ser observadas as formalidades do interrogatório prestado em juízo, com o acréscimo contido na parte final do inciso V do art. 6º do CPP, que ordena seja o termo respectivo “assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”. A lei, na realidade, pretendeu dizer, quero crer, duas testemunhas que tenham assistido ao ato. Só assim tem sentido a intervenção das testemunhas instrumentais. Será desnecessário acrescentar que o curador deverá assinar

⁴ Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 05, Editora Saraiva, 1994, com referência a diversas decisões do STF no RHC 56092, DJU, p. 4394; RHC 58.237, DJU, 19.09.80, p. 7203; RHC 58254, DJU, 03.10.80, p. 7735; RTJ 89/57 e 90/39.

⁵ Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 01, p. 305, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1965.

o auto de prisão de flagrante ou o termo do interrogatório, juntamente com o indiciado, atestando, dessa forma, sua *efetiva* presença ao ato. Embora presente ao interrogatório, o curador não intervém na sua realização, cabendo somente à autoridade policial ouvir o indiciado. A presença do curador, no entanto, torna-se indispensável para acautelar os interesses do indiciado menor, cabendo-lhe denunciar à autoridade judicial ou ao Ministério Público qualquer ilegalidade ou abuso de poder praticado em detrimento do indiciado. Com o advento da Constituição de 1988, que assegurou ao preso a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII), torna-se necessário que, no caso de prisão, o indiciado seja, desde logo, assistido por curador-advogado. Em se tratando de indiciado solto tal não se dá, embora, por razões óbvias, seja conveniente que sempre o curador tenha habilitação técnica. Basta, quando se tratar de indiciado solto, que o curador seja alguém *sui juris*, pois na fase do inquérito policial não há qualquer acusação formal *contra* o indiciado; naquele momento ele, indiciado, é, apenas e tão-somente, objeto de investigação. Aliás, a expressão “objeto de investigação” precisa ser bem entendida. Costuma-se afirmar que o indiciado não é sujeito de direitos mas mero objeto de investigação no curso do inquérito policial. É verdadeira tal alegação desde que entendida que ela se relacione, exclusivamente, com os atos de investigação, pois o indiciado, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial, não pode opor-se à persecução criminal (nem está obrigado a com ela cooperar, entenda-se bem). Porém, sujeito de direitos ele, como qualquer pessoa, sempre será, desde que a autoridade policial contra ele pratique abuso de poder ou ocorra ainda qualquer ilegalidade na fase investigatória preliminar, como à guisa de exemplo, quando a autoridade policial, arbitrariamente, deixar de conceder fiança em favor do indiciado que a ela faz jus.

Vale assinalar, ainda, que jamais poderá figurar como curador do indiciado agente da autoridade que preside o inquérito ou o flagrante. A observação, que me parece óbvia, tem sua razão de ser, pois que, no Rio de Janeiro, é fato corriqueiro a nomeação de detetive para servir como curador de menor.

3 - Antes de examinar a situação do réu menor, parece-me que é chegado o momento de indagar: por que a lei exige a presença do curador assistindo ao menor (indiciado ou réu)? A providência legal tem por fim suprir a relativa incapacidade do menor, já imputável penalmente (art. 27 do CP), mas ainda incapaz perante a lei civil (art. 6º, inciso I do Código Civil). A disposição contida nos arts. 15 e 194 do CPP trata, assim, do menor de 21 anos e maior de 18 anos. A maioridade penal surgirá a partir do primeiro momento em que o sujeito completar dezoito anos, de acordo com o art. 10, proêmio, do Código Penal, não cogitando a lei penal da hora em que se dará a maioridade.

Porém, em relação ao processo, há necessidade de distinguir a situação do menor que, no curso da ação penal, atingiu a maioridade civil. Suponha-se que alguém pratique uma infração penal contando, na época do fato, 20 anos de idade, mas que só venha ser interrogado em juízo quando já completou 22 anos. É evidente que, quando do

interrogatório, o juiz estará dispensado de nomear curador, pois estará diante de um réu maior, pouco importando fosse menor quando da prática da infração penal. Se, como assinalou o Pretório Excelso, a função do curador consiste em “complementar a vontade do réu, relativamente incapaz, para decidir sozinho sobre os seus próprios atos”⁶, torna-se evidente que, atingida a maioridade, desaparece a razão da assistência do curador. É que a norma processual guarda relação com os atos processuais, não se vinculando ao ato delitivo.

4 - A curadoria do réu, prevista no artigo 194 do CPP, assume aspecto mais delicado, pois, neste momento, já existe ação penal movida contra o imputado, passando ele a ser sujeito de direitos processuais, ao resistir à pretensão punitiva estatal.

Dispõe o aludido dispositivo que se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador. O texto legal em exame apresenta-se mais completo que aquele do art. 15 do mesmo Código onde há alusão apenas à nomeação de curador pela autoridade policial, sem referência à efetiva presença do curador. Mas cumpre ponderar que a presença do curador é inafastável também na fase do inquérito policial, pois em caso contrário não haveria verdadeiro exercício da curadoria aconselhando e protegendo o menor. Seria uma bravata do legislador destituída de sentido, ao instituir um curador de fancaria.

Na fase processual o curador terá que ser, necessariamente, um advogado, pois, como já registrado, encontra-se em curso uma ação penal contra o réu. O curador deverá ser o próprio advogado do réu ou, se ele não estiver presente ao ato do interrogatório, caberá ao juiz do processo nomear-lhe um curador *ad hoc*. A presença do curador ficará autenticada com a sua assinatura ao pé do ato, não bastando a simples referência à sua presença. Impõe-se o registro de que curador e o advogado são uma só pessoa atuando em favor do menor. Não tem sentido a nomeação de curador e advogado para o menor. O defensor dativo ou constituído do réu servirá, ao mesmo tempo, como curador do imputado menor. Analisando a matéria, Tourinho⁷ mostra, com argumentos irrespondíveis, a desnecessidade da nomeação de curador e advogado para o menor, retirando da própria lei a exegese correta que o tema exige. Com efeito, salienta aquele eminente processualista que o art. 261 do CPP “fala da necessidade de o imputado ter defensor, ainda que ausente ou foragido”. Logo em seguida, no art. 262, o legislador acrescentou: “ao acusado menor dar-se-á curador”. E completa seu raciocínio assinalando que o art. 449, de acordo com outros dois dispositivos e com eles guardando consonância, registra: “apreogado o réu, e comparecendo, perguntar-lhe-á o juiz o nome, a idade e se tem advogado, nomeando-lhe curador se for menor e não tiver, e defensor, se maior. O texto, como assinala o festejado mestre, “é de uma clareza

⁶ Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 178, Editora Saraiva, 1994, referência ao julgado do STF publicado na RTJ 103/993.

⁷ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, volume 02, pp. 411/412, Editora Saraiva, 1994.

de doer nos olhos”. Gostaria de acrescentar uma observação que me parece justificar a posição assumida pelo legislador: é que a unidade na linha de defesa exige que ela seja conduzida por uma só pessoa, o que não se daria se defensor e curador fossem pessoas distintas, podendo assumir até posições contraditórias. Acabariam, ambas, inclusive, por prejudicar o menor, frustrando, com sua atuação, o real objetivo da lei que tem em mira, justamente, tutelar os interesses do réu menor no processo. Dessa forma, a duplicidade de defesas, por falta de coerência e harmonia, poderia vir a acarretar prejuízo para o menor, ao invés de beneficiá-lo.

O curador do réu não participa do interrogatório. Cabe-lhe estar presente ao ato, autenticando sua presença com a assinatura aposta na assentada respectiva. Ele exerce a fiscalização do ato, cabendo-lhe aconselhar o menor, denunciando, nos autos, qualquer ilegalidade ou abuso de poder acaso praticado quando do interrogatório. Para tal fim, tomará todas as providências que o caso concreto exigir. A posição do curador consiste, assim, na fiscalização do ato, tal como ocorre com a presença do Ministério Público quando do interrogatório (art. 394 do CPP). O curador, nesse ponto, não dispõe de maiores regalias que o advogado do réu maior. Aliás, o Código de Processo Penal, expressamente, veda ao defensor do acusado intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas (art. 187) por ocasião do interrogatório, seja o réu menor ou não. A lei não faz distinção.

A regra constante do art. 194 do CPP exsurge como uma norma perfeita, pois, ao lado do preceito nela contido, existe a sanção decorrente da sua inobservância, qual se colhe da leitura do art. 564, inciso III, letra “c” da lei instrumental penal básica, que fulmina com a nulidade, a falta de nomeação de curador ao *réu* menor, sujeitando-se, porém, a declaração de nulidade às normas gerais dos arts. 563 e 566 do CPP, que servem de norte para a declaração de qualquer nulidade, partindo do princípio de que a norma processual não se apresenta, jamais, como um fim em si mesmo, revestindo sempre o caráter instrumental, garantidor, no caso, da correta aplicação da lei penal material.

A Súmula 352 do STF veio trazer esclarecimento na interpretação da lei, buscando explicar a posição do defensor dativo. Com efeito, o enunciado daquela Súmula estabelece que “não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo”. Gostaria de acrescentar que, dativo ou constituído, desde que presente ao ato, o defensor do réu, não há razão para a declaração de nulidade, sendo mesmo aconselhável e, mais que isso, certo, que defensor e curador sejam uma só pessoa, como antes observado.

Interessante questão é a que envolve a atuação do curador em outros atos de que participe, pessoalmente, o réu menor. Normalmente, o assunto tem sido abordado em relação ao interrogatório, em razão da existência do texto expresso da lei processual (art. 194 do CPP). Porém, não se exaure aí a presença do curador na defesa dos interesses do menor, suprimindo sua relativa incapacidade. Ele, curador, deverá estar presente a qualquer

ato de que participe o réu, tal como ocorre com a acareação ou o reconhecimento de pessoa. Sua atuação será, tal como ocorre com o interrogatório, a de fiscalização do ato e de aconselhamento ao menor, sem, no entanto, participar da providência processual de forma direta, devendo assinar o auto respectivo de maneira a documentar sua presença. Em razão disso poderá argüir eventual ilegalidade ou abuso de poder, tomando, a partir de então, as providências legais que o caso exigir.

A idade do menor precisa estar provada nos autos através da competente certidão de nascimento, isto é, de acordo com a lei civil, tal como determinado pela lei processual penal (art. 155 do CPP). Não basta ao réu, para invocar a nulidade por inobservância do preceito contido no art. 194 do CPP, limitar-se à afirmação de que é menor. Idade não se alega; prova-se. E a prova, iniludivelmente, é a da lei civil. Diga-se o mesmo quando o indiciado, ainda na fase pré-processual, pretender alegar irregularidade decorrente da omissão no cumprimento ao art. 15 do CPP. A liberdade, no caso de prisão em flagrante, só poderá ser concedida se provada a menoridade alegada na forma exigida pela lei instrumental penal (art. 155 do CPP).

Outra observação que se impõe, relaciona-se com a mentira perpetrada pelo réu buscando criar nulidade. Melhor dizendo: se o réu mente, dizendo-se maior quando do interrogatório, não poderá, após, invocar a nulidade do ato, valendo-se da própria torpeza. Veda-o o princípio da lealdade processual inscrito no art. 565 do CPP, segundo o qual ninguém poderá alegar nulidade a que haja dado causa. O Pretório Excelso, apreciando a hipótese, decidiu que a alegação falsa de maioridade por ocasião do interrogatório, acarretando, por via de consequência, a ausência de curador, não tem efeito de anular a ação penal⁸. Outra, aliás, não poderia ser a solução da lei em face do princípio *nemo improbitate sua consequitur actionem*.

Quid inde em se tratando de menor emancipado?

Penso que o mandamento legal do art. 194 do CPP tem plena incidência, não se dispensando a nomeação do curador. A emancipação civil, em qualquer das suas modalidades, não apresenta relevância na órbita penal. A emancipação a que se refere a lei civil (art. 9º § 1º do CC) consiste, apenas, na aquisição da capacidade *civil* antes da idade legal. Porém, perante a lei processual penal, justifica-se a manutenção da proteção ao menor. No sentido do texto existe, aliás, acórdão do Supremo Tribunal Federal salientando a distinção que se impõe entre as duas órbitas, a penal e a civil⁹. Magalhães Noronha¹⁰, com apoio na doutrina de Espínola Filho, ao examinar a matéria, faz interessante colocação técnica, ao assinalar que “a lei fala em menor e não em *incapaz*;

⁸ Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 178, Editora Saraiva, 1994, referência ao julgado do STF publicado na RTJ 69/688.

⁹ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, 1º volume, p. 68, Editora Saraiva, 1991, referência ao julgado do STF publicado na “Revista Forense”, 160/328.

¹⁰ E. Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 143, Editora Saraiva, 1986.

conseqüentemente, ainda que emancipado ...“deve ser-lhe nomeado curador, embora atendendo-se à sua capacidade, não se lhe possa negar a palavra, para se manifestar sobre qualquer ato processual, sem prejuízo de se ouvir também o curador”. Damásio¹¹, da mesma forma, entende que o réu emancipado não prescinde da nomeação de curador.

Estas as observações que me parecem oportunas, em relação ao curador à lide no curso do procedimento criminal, estudado, até aqui, o *munus* da curadoria somente em relação ao réu menor. É preciso ter em conta que o curador *ad hoc* do réu menor não deixa de ser, também, um curador à lide, pois sua atuação, como já examinado, pode se estender por todo o curso do procedimento.

5 - Porém, como ficou anotado no início do presente trabalho (1), a curadoria do réu é exercida também no incidente da insanidade mental do acusado, sempre que houver dúvida razoável a respeito da integridade mental do imputado. Ela vem prevista nos arts. 149 § 2º e 151 do CPP.

Nesse momento, o curador do réu atua, de forma ampla, na defesa dos interesses processuais do réu, quando houver dúvida razoável a respeito da sanidade mental do imputado, postulando a realização do competente exame de insanidade mental, formulando quesitos e acompanhando o processo em todas as suas fases. É certo que, quando da ação penal, o processo ficará suspenso, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento (art. 149 § 2º do CPP). Porém, vindo ao processo o laudo respectivo, ainda que ele conclua pela integridade mental do imputado, o curador deverá continuar velando pelos interesses do acusado e agindo como tal, pois o juiz, ao sentenciar, não está vinculado ao laudo (art. 182 do CPP), podendo, assim, adotar posição contrária ao laudo, pois nosso Código perfilhou o princípio liberatório (art. 182 do CPP) coerente, aliás, com o princípio da livre convicção motivada do juiz esposado em nosso processo penal (art. 157 do CPP). Se realizado na fase do inquérito policial, no entretanto, o exame não importará na suspensão do procedimento, nem na interrupção das investigações, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial e também pela interpretação extraída *a contrario sensu* do § 2º do art. 149 do CPP. Mesmo na fase pré-processual somente o juiz poderá determinar o exame, cabendo à autoridade policial, quando muito, representar ao juiz caso entenda cabível a providência (art. 149 § 1º do CPP). Indaga-se então: e se o laudo concluir que o indiciado é inimputável? Nada impede a propositura da ação penal, eis que somente na sentença é que o juiz irá valorar aquela peça técnica (art. 182 c/c 157 do CPP). Na oportunidade, surge um delicado problema: como citar o réu, que, segundo o laudo, seria inimputável? O Pretório Maior, examinando a hipótese, já decidiu no sentido de que a citação, em tal caso, se fará na pessoa do curador no-meado (art. 151 do CPP)¹². Neste momento procedimental, que

¹¹ Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 150, Editora Saraiva, 1994.

¹² Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 130, Editora Saraiva, 1994, com referência ao julgado do STF no *Habeas Corpus* 66.927, in DJU de 14.04.89, p. 5458.

antecede ao processo, o curador do insano mental não precisa ser advogado, bastando que seja alguém dotado de capacidade plena e de idoneidade não contestada. Porém, tal como se dá com o curador do menor, convém seja pessoa dotada de habilitação técnica para o exercício da advocacia e, pois, muito mais equipada para o exercício do *munus* da curadoria. Já se esta se der durante a ação penal não resta dúvida que o curador terá que ser advogado, pois que, no curso do processo, não há lugar para a intervenção do leigo atuando em função defensiva. O contraditório em juízo terá que ser, sempre, homogêneo. A lei processual não previu recurso contra o despacho que indefere o requerimento postulando a realização do incidente da insanidade mental do réu, recomendando-se, por tal razão, especial cuidado do juiz que desacolhe a postulação naquele sentido. No caso de dúvida, entendo que o juiz deve acolher o pedido, pois em jogo a imputabilidade ou a semi-responsabilidade do réu ao tempo da prática da infração penal (art. 26 e seu parágrafo único do CPP). Parece-me, porém, que no caso em que o indeferimento se der por evidente arbitrariedade do juiz cabe a reclamação contemplada nos arts. 219 a 225 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro. Não há negar que, dada a relevância da matéria, não andou bem o legislador ao deixar de prever recurso específico contra aquela manifestação jurisdicional. Aliás, recurso não há também no caso em que o juiz ordenar a instauração do incidente, muito embora as conseqüências, em tal hipótese, sejam menos graves para o imputado, que só poderá beneficiar-se com o resultado do exame. Nesse caso, se infundada a providência judicial, poderá o Ministério Público (ou o querelante), da mesma forma, reclamar, fundado no mesmo art. 219 do CODJERJ, contra o despacho, uma vez que ele importa na suspensão do processo, com possíveis prejuízos para a parte autora, desde que, à toda evidência, não haja dúvida a respeito da higidez psíquica do réu. Sobrevindo a sentença absolutória, cabe ao juiz impor ao acusado a competente medida de segurança (art. 97 do CP). Em ocorrendo tal fato, o curador do réu será intimado da sentença, pois seria absurdo pretender intimar um louco da decisão final do processo. Já se o imputado estiver nas condições do parágrafo único do art. 26 do CP, penso que ambos, réu e curador, devem ser intimados da sentença. Pode acontecer, embora rara a hipótese, que o réu, no curso da ação penal, venha a recuperar a normalidade mental. Verificando-se a ocorrência, desaparece a razão de ser da curadoria à lide, embora o laudo de insanidade mental venha a concluir que, quando da prática delituosa, o réu estaria nas condições a que alude o art. 26 do CP. Tais considerações, na atualidade, perdem muito da sua relevância prática em razão do entendimento consolidado na doutrina e na melhor jurisprudência de que da sentença condenatória devem ser intimados não somente qualquer réu mas também o defensor, seja ele constituído ou dativo. Tal compreensão da matéria, aliás, é a que melhor atende às garantias da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes assegurados na Constituição Federal (art. 5º, LV da Constituição Federal). Aliás, em boa técnica, até mesmo em caso de sentença absolutória, a defesa deve ser intimada, pois embora não tenha ocorrido a sucumbência, ela pode estar investida de interesse em

recorrer do *decisum*, como, por exemplo, ocorre no caso em que ela pretenda modificar o fundamento legal da absolvição (art. 386 do CPP), tendo em conta não só o aspecto moral mas também o legal da absolvição, por força dos reflexos civis para efeito do ressarcimento do dano *ex delicto*.

Questão pouco ventilada é a que se relaciona com a doença mental que sobrevém no curso da execução da pena privativa de liberdade. O Código Penal a ela se refere no art. 41 e a Lei de Execução Penal, igualmente, em seu art. 183, a ela faz alusão. O Código de Processo Penal (art. 154) não traçou normas quanto ao procedimento da verificação da insanidade mental do condenado, nem a LEP (art. 183) cogitou de estabelecer um procedimento a respeito, determinando, pura e simplesmente, a faculdade judicial da substituição da pena por medida de segurança, com a conseqüente internação do sentenciado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou similar.

Parece-me, porém, que, sem prejuízo da imediata internação do condenado em estabelecimento adequado, em face da óbvia urgência da segregação do insano mental, deve ele ser submetido ao competente exame de sanidade mental, com a nomeação de curador para assisti-lo, quando se apurará, então, das condições mentais do sentenciado no momento da execução. Vale notar que a curadoria, em tal caso, terá que ser exercida por advogado, pois há um *processo* de execução em curso (art. 2º da LEP). O curador, como nos demais casos, ofertará quesitos e, concluído o laudo, onde resultar demonstrada a doença mental do condenado, requererá em favor do sentenciado o que entender de direito diante do caso concreto. A superveniência de doença mental importará, uma vez homologado o laudo respectivo, na internação do condenado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (art. 108 da LEP). A razão do preceito legal reside no fato de que a pena só deve ser cumprida por quem tem capacidade penal para sofrer a execução. Ora, uma vez comprovada a incapacidade psíquica do condenado, a execução seria inútil, quer como sanção, quer como recuperação moral e social do condenado, pois que ele estaria infenso àquelas providências por absoluta falta de compreensão das mesmas. Além do mais, a convivência do executado doente mental com outros presos em estabelecimento penal comum tornar-se-ia perigosa para ele e para os demais presos, além de prejudicar o seu processo de cura. Da decisão do juiz que homologar o laudo, cabe agravo sem efeito suspensivo (art. 197 da LEP), pois todas as decisões proferidas no decorrer da execução penal são recorríveis (nº 175 da “Exposição de Motivos” da LEP). São legitimados para recorrer o Ministério Público e o curador-defensor. Portanto, se o curador com ela não concordar, poderá interpor agravo, velando pelos interesses do condenado. O prazo recursal correrá da data da ciência da decisão que homologar o laudo. Vale o registro de que, sobrevindo o restabelecimento, desaparece a razão da curadoria, voltando o condenado à prisão para cumprir o que restar da pena, nela computado o período de internamento por força da detração (art. 42 do CP). Como salienta

Mirabete, o lapso de tempo de internação “é computado por razões humanitárias”.¹³ E se esgotado o prazo de duração da pena o internado não vier a se restabelecer? A pena será julgada extinta (art. 109 da LEP), dando-se ao sentenciado o destino aconselhado para a sua enfermidade, feita a comunicação ao juiz de incapazes. Era assim que tratava da matéria o art. 682 § 2º do CPP, que integrava o Livro IV do mesmo Código, que regulava a execução penal. Com o advento da LEP, foi aquele livro derogado (art. 204 da LEP), podendo, no entanto, aplicar-se aquele dispositivo da lei processual (art. 682 § 2º) à falta de texto expresso que regule a hipótese na LEP. Cabe à lei de organização judiciária local dispor a respeito do juiz à cuja disposição passará o incapaz (na Comarca da Capital-RJ, veja-se o art. 85, III do CODJERJ). Convém assinalar, ainda, que o juiz da execução *poderá* optar pela conversão da pena em medida de segurança (art. 183 da LEP). Caso o juiz da execução exerça a faculdade que lhe concede a lei, a execução se dará na forma prevista no Título VI da LEP (art. 171 e ss da LEP). Assim ocorrendo, o curador do condenado continuará fiscalizando a execução e velando pelos interesses do sentenciado enquanto perdurar a execução penal.

Em suma, o que se pretende demonstrar é que, embora a lei não o diga expressamente, o curador tem lugar também no *processo de execução*, cuidando do interesse do insano mental e, quando for o caso, também do condenado menor enquanto perdurar a menoridade. Para tanto, deverá ser intimado de todas as decisões relacionadas com a execução penal do incapaz.

Hipótese pouco comum de ocorrer é a prevista no art. 152 do CPP. Cogita ela da doença mental que sobreveio à infração penal, estando o processo ainda em curso. Em tal caso, verificada a ocorrência daquela situação, a ação penal ficará suspensa aguardando o restabelecimento do réu. Da decisão que suspender o andamento do processo deverá ficar ciente o curador, que continuará no processo velando pelos interesses do imputado. A lei, aqui, deu ao juiz a mera *faculdade* de determinar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado (art. 152 § 1º do CPP), incumbindo-lhe diante do caso concreto tomar a providência que lhe parecer mais oportuna. A lei processual penal não previu recurso específico contra a decisão que ordena a suspensão do processo em razão da doença mental superveniente ao fato ocorrida durante o processo, pois o art. 581, inciso XVI do CPP, cogitou, apenas, do recurso em sentido estrito contra a decisão que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial, não tratando da suspensão da ação penal no caso da doença mental superveniente à infração penal. Parece-me, porém, que a decisão é apelável através da norma genérica retratada no art. 593, II do CPP, tendo em conta as graves conseqüências que da decisão podem advir principalmente para a parte autora, uma vez que a prescrição não tem seu curso suspenso, continuando, por tal razão, a fluir o lapso do prazo prescricional. É evidente que, durante a suspensão do processo, serão

¹³ Julio Fabbrini Mirabete, *Execução Penal*, p. 275, Editora Atlas S.A., São Paulo, 1992.

praticados todos os atos que possam vir a ser prejudicados com a paralisação do feito, deles ciente o curador-advogado, no objetivo de evitar o perecimento da prova. Caso ocorra o restabelecimento do réu, o processo retomará seu andamento, ficando-lhe assegurada a faculdade de requerer a renovação da prova oral (não apenas a inquirição das testemunhas, como afirma a lei – art. 152 § 2º do CPP) que não tenha sido produzida na sua presença. Aliás, o réu, uma vez restabelecido, poderá questionar qualquer prova produzida no período da sua doença, apesar de, naquela fase, estar assistido no processo por curador-advogado. Haverá, como se impõe, uma decisão fundamentada do juiz, baseada em laudo pericial, dando o imputado como restabelecido, da qual o curador-advogado deverá ser intimado, podendo contra a mesma apelar (art. 593, II do CPP). Diga-se o mesmo em relação ao Ministério Público (ou querelante), que, igualmente, será intimado daquela relevante decisão para o processo do réu, dela apelando se entender cabível a providência recursal (art. 593, II do CPP). É de ressaltar, ainda, que, uma vez restabelecido o réu, desaparece a razão de ser do exercício da curadoria.

6 - Por fim, resta analisar uma terceira modalidade do exercício da curadoria, pouco correntia, sem dúvida. Aliás, na prática, nunca me deparei com a sua ocorrência. Ela está prevista no art. 33 do CPP e, ao contrário das duas outras modalidades antes examinadas, não se relaciona com a pessoa do réu mas sim com o autor da ação penal, abrangendo o ofendido menor de 18 anos ou o mentalmente enfermo ou retardado mental, quando não tiver representante legal, ou, ainda que o tenha, colidirem os interesses do incapaz com os do seu representante legal. Em tal caso, o direito de queixa pode ser exercido por curador especial nomeado de ofício ou a requerimento do Ministério Público pelo juiz competente para o processo penal. Tourinho vê no curador especial um verdadeiro substituto processual (1, *supra*), que vai a juízo em nome próprio na defesa de interesse alheio. Em trabalho que escrevi nos anos 80, vislumbrei na atividade jurisdicional exercida em função do mandamento legal contido no art. 33 do CPP um verdadeiro exercício de jurisdição voluntária em sede processual penal.¹⁴ Na ocasião, salientei que o curador especial age com plena liberdade para propor ou não a queixa, só atuando caso os elementos de informação chegados a seu conhecimento autorizem a providência. Em outras palavras: a nomeação feita pelo juiz não tem força vinculativa, obrigando o curador a propor a ação penal como se fosse um autômato. Na oportunidade, procurei demonstrar que a providência aplica-se, também, aos casos de ação pública condicionada por mera interpretação extensiva da norma. Com efeito, se o juiz pode nomear curador especial para promover a ação penal, mediante queixa (ato instaurador da instância penal), *a fortiori* poderá fazê-lo em relação à representação, mera condição de procedibilidade, pois que quem pode o mais pode o menos. Fica certo que a nomeação de curador especial apresenta caráter preventivo típico da jurisdição

¹⁴ Sergio Demoro Hamilton, “Vestígios da Jurisdição Voluntária no Processo Penal”, “Revista de Direito Penal”, nº 30, pp. 55/59, Rio de Janeiro, 1981.

administrativa, tendo por fim acautelar os interesses do ofendido surpreendido em qualquer das situações contempladas no art. 33. O cuidado do juiz tem por objetivo não deixar o ofendido, naquelas circunstâncias, ao desamparo da proteção legal. Sua atuação, na emergência, é, sem dúvida, totalmente distinta do interesse da composição do litígio, até porque, naquela fase, não há, sequer, contendores mas mero interessado a exigir especial proteção do Estado.

O curador *ad litem*, isto é, a pessoa designada pelo juiz para defender os interesses do incapaz na hipótese do art. 33 do CPP, exerce, assim, atuação mais ampla, no processo, que o curador *ad hoc* (que, da mesma forma, não deixa de ser um curador à lide), pois este tem sua nomeação restrita para um determinado ato, como ocorre no caso do art. 194 do CPP. É certo que, como já examinado (2 a 4), o curador do menor não restringirá sua atividade processual somente em relação ao interrogatório do réu, porém, nem de longe se poderá vislumbrar em sua atuação no curso da ação penal a dimensão do substituto processual cogitado no art. 33. Aliás, nem mesmo quando a curadoria se dá em função da insanidade mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado do imputado se poderá antever da parte do curador participação processual mais intensa que aquela, sem dúvida singular, do art. 33 da Lei dos Ritos.

Como de fácil observação, o exercício da curadoria no curso do processo penal apresenta múltiplas facetas, ensejando uma visão proteiforme da matéria.

A técnica das alegações finais¹

Sergio Demoro Hamilton

1. O presente estudo faz parte de uma trilogia voltada para a participação do Ministério Público em três momentos relevantes da parte postulatória do processo penal. Em dois deles já tive a ocasião de ocupar-me em oportunidades anteriores, versando, inicialmente, a respeito da técnica do parecer Ministerial perante os Tribunais² e, mais recentemente, tratando da denúncia, vista sob o seu aspecto estritamente processual³.

2. Esta não é a primeira feita em que me ocupo das alegações finais no processo penal. Delas já cuidei, no distante ano de 1995, há quase dez anos, portanto, na defesa de um ponto de vista até hoje vencido na doutrina e na jurisprudência, qual seja o de que elas constituem ato essencial do processo, não bastando, ao contrário do entendimento majoritário, que se conceda à parte apenas o prazo para ofertá-las⁴.

3. Agora, volto-me para o aspecto formal das razões finais, tal como o fizera, antes, em relação ao parecer e à denúncia.

Sabe-se que, na praxe forense, o uso da expressão “instrução criminal” é reservado para a fase probatória do processo, fato que, embora useiro e vezeiro no dia-a-dia do foro, constitui rematada impropriedade. É que, ao lado dela, e ocupando posição de igual relevância, se bem que de natureza diversa, a chamada instrução postulatória, íntegra, igualmente, o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Focalizando o aludido princípio, tão decantado mas nem sempre bem observado, é de ver que ele deve ser analisado sob seu duplo aspecto: o material e o processual. Materialmente ele está ligado ao princípio da reserva legal; “processualmente, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade de o réu produzir provas, *apresentar alegações*, demonstrar, enfim, ao juiz a sua inocência, bem como ao órgão acusatório, representando a sociedade, de convencer o magistrado, pelos meios legais, da validade da sua pretensão punitiva”. É a lição precisa de GUILHERME DE SOUZA NUCCI⁵ (os grifos são meus).

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 22, p. 319-335, jul./dez. 2005.

² *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publicação oficial do “Instituto Brasileiro de Ciências Criminais”, ano 2, n. 8, pp. 110 e seguintes, outubro-dezembro – 1994; título do trabalho: “A Técnica do Parecer”.

³ *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), nº 19, 2002, pp. 207 e seguintes; título do trabalho: “A Técnica da Denúncia”.

⁴ *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 8, pp. 207 e seguintes, Rio de Janeiro, 1995; título do trabalho: “A relevância das alegações finais no processo penal”.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, p. 50, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003.

Duas ilações podem ser extraídas desta colocação: a primeira, revigorando a assertiva de que as alegações finais integram a instrução criminal; a segunda a de que elas são *ato essencial* do processo, uma vez que compõem o devido processo legal.

FREDERICO MARQUES⁶, com a clareza e a lucidez habituais, assim define o que se deva entender como atos instrutórios:

“atos instrutórios são aqueles que se destinam ‘a convencer o juiz da verdade das afirmações de um fato’ (referindo-se, nesse passo, a James GOLDSCHMIDT). Quando esses atos atendem a apontar fatos e acontecimentos relacionando-os com *quaestiones juris* que se debatem na causa, eles se denominam *alegaciones*” (destaques meus).

Os atos postulatorios ou petitorios são, destarte, aqueles em que a parte (ou terceiro interessado) dirige-se ao juiz com a finalidade de obter um provimento judicial, envolvendo o próprio mérito da causa ou, ainda, a solução de uma questão incidental, de natureza processual ou ainda uma cautelar, revestida, cada uma delas, de mérito próprio.

A denúncia e a queixa são os atos postulatorios por excelência. Nelas está contido o *pedido* do autor, entre outras providências. Já no decorrer do processo há vários outros atos postulatorios (petições ou requerimentos) provocando providências diversas no objetivo do bom andamento do feito ou buscando solução para questões incidentais que emergem no decorrer da ação penal.

A palavra instrução, em sua etimologia, vem de *instruere*, “verbo latino que significa erigir, construir, preparar, prover”⁷. É o ensinamento de TORNAGHI, que acrescenta ser a instrução criminal “o conjunto dos atos praticados a fim de aparelhar o juiz para julgar”⁸.

JAMES GOLDSCHMIDT⁹ considera “*las peticiones, las afirmaciones y las aportaciones de prueba*” como detentoras de uma transcendência decisiva, dando, assim, a ambas as instruções, a petitoria e a probatória, a ênfase merecida e a distinção necessária.

Portanto, quando em exame a palavra instrução, deve-se, de uma vez por todas, abolir a limitação, pois tanto a instrução probatória quanto a postulatoria integram o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF), o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV da CF).

⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 02, p. 85, Forense, 1961.

⁷ TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*, vol. 2, p. 192, Editora Saraiva, 1989.

⁸ *Apud op. cit.*, in nº 06, p. 192, dessas notas.

⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, vol. II, p. 99, Ediciones Juridicas Europa-America, Buenos Aires, 1961, Colección, dirigida por Santiago Sentés Melendo.

Toda a digressão até aqui desenvolvida tem por único objetivo demonstrar que as alegações finais, tal como defendera em trabalho bastante antigo¹⁰, são *ato essencial do processo* não bastando a simples concessão do prazo para assegurar à parte o seu exercício. A Constituição Federal exige *defesa efetiva*, não apenas a participação formal do advogado assistindo ao seu constituinte. É de ver que a alusão à defesa, embora mais palpável, evidentemente, não exaure o assunto, pois a parte autora, Ministério Público, igual e necessariamente, também se fará presente no decorrer do processo, através de uma atuação concreta, pois o Estado, do mesmo passo que tutela a liberdade individual, está voltado, com igual empenho, para a realização de um processo *justo* que pode, se for o caso, efetivar-se pela condenação ou pela absolvição do réu.

4. Até aqui vimos afirmando a essencialidade das alegações finais, muito embora o art. 564 do CPP, ao elencar os atos estruturais do processo, aluda, apenas, aos “prazos concedidos à acusação e à defesa” (art. 564, III, “e” do CPP). Em trabalho escrito em outubro de 1995, antes referido, intitulado “A relevância das alegações finais no processo penal”¹¹, procurei demonstrar que tal colocação de nossa lei, advinda do Código de 1941, não se viu recepcionada pela Constituição em vigor, uma vez que o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) exige que tanto a acusação como a defesa se exerçam de forma *efetiva e real*. Não basta a defesa ou a acusação formal. Demais disso, o art. 501 do CPP padece de flagrante inconstitucionalidade ao assinalar que os prazos a que se referem os arts. 499 e 500 correrão em cartório, independentemente de intimação das partes, salvo em relação ao Ministério Público. Ora, o princípio da igualdade das partes, quando a lei processual trata desigualmente e numa posição de inferioridade a defesa, resta manifestamente violado, tendo em conta o art. 5º LIV e LV da nossa Carta Política.

Outro equívoco da lei consiste no uso da expressão de que os prazos a que se refere (arts. 499 e 500 do CPP) “correrão em cartório”. No aludido estudo, indaguei, qual o significado da expressão “prazo que corre em cartório”, independentemente de intimação das partes. E, perplexo, registrava: “Que buraco negro é este que não se sabe quando começa e nem quando termina o prazo, eis que somente o escrivão dele teria conhecimento?”¹²

Não é objetivo do presente trabalho demonstrar o tratamento pouco técnico deferido à matéria em nossa lei processual. Já o fizemos em outra ocasião no estudo acima mencionado e se a ele nos reportamos foi, tão-somente, com a finalidade de por em relevo que as alegações finais são *ato essencial do processo*.

5. A ação penal condenatória, quando movida pelo Ministério Público, tem início por uma peça processual denominada denúncia. Este o nome da petição inicial.

¹⁰ *Apud op. cit.*, in nº 3 dessas notas.

¹¹ *Apud op. cit.*, in nº 3 dessas notas.

¹² *Apud op. cit.*, in nº 3 dessas notas, p. 208.

Outros há: queixa, própria dos casos de ação privada bem como nos da impropriamente chamada ação privada subsidiária da pública¹³.

Na inicial o autor *pede*.

No decorrer do processo ele dirige ao Juiz requerimentos diversos. Porém, o juiz vai julgar o fato constante da inicial; a *causa petendi* é o norte de que se vai servir o magistrado para decidir¹⁴, valendo assinalar que o pedido do autor no processo penal condenatório é sempre genérico.

6. Agora, colocados alguns conceitos básicos e indispensáveis, é chegado o momento de emprendermos exame a respeito da forma das alegações finais, objeto do presente trabalho.

Começemos pelo trato que elas mereceram no procedimento comum, nominado pelo Código como “processo comum” (Livro II, Título I). Na verdade, ele tem início no art. 394 do CPP (Capítulo I), segue até o art. 405 do CPP, é entrecortado pelo procedimento do Júri (Capítulo II), e retoma seu rumo no Capítulo III (arts. 498 a 502 do CPP), onde recebe a designação “Do processo e do julgamento dos crimes da competência do juiz singular”. Faz parte, como se vê, dos caminhos ínvios do nosso modesto Código de Processo Penal.

A opção pelo procedimento comum para exame do tema decorre do fato de que este é o rito ordinário seguido para os julgamentos dos crimes mais graves, além do que, subsidiariamente, ele é invocado em outros ritos no objetivo de colmar eventuais lacunas.

As alegações finais escritas estão singelamente reguladas no art. 500 do CPP. Deflui da leitura do dispositivo em questão, que, uma vez concluída a instrução criminal probatória (na realidade, a lei não faz emprego da palavra probatória, incidindo, aqui, na omissão apontada, 3, *supra*) os autos irão com vista para as partes para alegações (instrução criminal petitoria), sucessivamente por três dias.

Falam em primeiro lugar o Ministério Público e o querelante (art. 500, I do CPP), conforme esteja em jogo crime de ação pública ou infração penal de iniciativa privada respectivamente.

Após, caso haja, é a vez do assistente do Ministério Público (art. 500, II do CPP), para “aditar os articulados”, expressão estranha usada no art. 271 do CPP para indicar uma das formas de atuar do assistente.

Por fim, é a vez do “defensor do réu” (inciso III).

¹³ O eventual interessado poderá encontrar críticas endereçadas à designação ação privada subsidiária da pública em meu estudo “A queixa subsidiária – Questões Controversas”, in *Revista da AJUFE – Associação dos Juizes Federais* – nº 62, 1999, pp. 91 e seguintes, Edições O.L.M.

¹⁴ Para um detalhado estudo a respeito da denúncia, examinada sob o seu aspecto processual, convido o leitor interessado para uma passagem de olhos em meu estudo “A Técnica da Denúncia”, in *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), nº 19, pp. 207 e seguintes, 2002.

Aqui, faz-se mister um reparo. Não é o defensor do réu quem é chamado a ofertar alegações finais. Estas têm lugar entre as partes (o Ministério Público ou o querelante e o réu). O imputado é o sujeito passivo da relação processual que se vale do defensor constituído ou dativo para a efetivação da defesa técnica. A defesa é, pois, do réu (parte), por intermédio da defesa técnica (dativa ou constituída).

Outra grave imperfeição técnica do Código reside no parágrafo segundo do art. 500 do CPP. Ali está dito que, nos casos de queixa subsidiária, o Ministério Público terá vista dos autos “depois do querelante”. Ora, nada mais destituído de técnica. O *Parquet*, quando não adita a queixa (art. 29 do CPP), oficia como *custos legis*, devendo assim, tal como ocorre no processo civil, ter vista dos autos depois das partes (art. 83, I do CPC), no caso querelante e querelado. Diversa será a situação processual quando o Ministério Público vier a aditar a queixa pois, em tal hipótese, forma-se um litisconsórcio ativo, passando o *Parquet* a atuar lado a lado com o querelante. Portanto, a disciplina do parágrafo segundo do artigo 500 do CPP apresenta-se, igualmente, defeituosa, por não fazer a distinção assinalada.

Nos casos de exclusiva ação privada, também contemplados no referido dispositivo, a solução não foi, da mesma forma, a mais técnica, pois, embora ali também possa ocorrer o aditamento à queixa (arts. 45 e 48 do CPP)¹⁵, melhor seria que, nesta última hipótese, o Ministério Público oficiasse sempre por último, uma vez que sendo a ação exclusivamente privada, cabe ao *Parquet* velar apenas e tão-somente pelo aspecto formal da ação privada, não se vinculando com o mérito do pedido, uma vez que o perdão pode ser concedido pelo querelante até mesmo após a sentença condenatória não-trânsita (art. 106, § 2º do CP), não tendo sentido, dessa forma, qualquer intervenção sobre o mérito da acusação por parte do *Parquet*.

7. Permito-me, ainda e antes de visitar a forma que as alegações finais devem obedecer, acrescentar duas palavras colhidas na doutrina a respeito da instrução petitoria, em geral relegada a um segundo plano em relação à instrução probatória, embora ambas sejam espécie da instrução criminal *lato sensu*.

COUTURE¹⁶, ao estudar o *desenvolvimiento del proceso*, voltado para o processo civil, faz interessante distinção entre os *actos de petición* e os *actos de prueba*. Os primeiros, que mais nos interessam para o presente estudo, são, no dizer do eminente jurista:

“aquellos que tienen por objeto determinar el contenido de una pretensión; ésta puede referirse a lo principal del asunto (pretensión de la demanda;

¹⁵ Na doutrina, principalmente, e em alguns julgados vem surgindo entendimento contrário ao aditamento da queixa em casos de exclusiva ação privada, tomando-se a opção pela extinção da punibilidade força da renúncia tácita no caso de omissão do querelante na inclusão de nome de co-réu. Veja-se a propósito meu estudo “Revisitando o aditamento à queixa”, in *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 15, pp. 246 e seguintes.

¹⁶ COUTURE, Eduardo, in *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera edición (póstuma), p. 206, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.

pretensión de la defensa) o a un detalle del procedimiento (admisión de un escrito, rechazo de una prueba).”

Convém notar, porém, que muitos autores da maior relevância ocupam-se, basicamente, da instrução probatória, relegando a instrução postulatória a plano secundário, muito embora a ela se refiram em diversas passagens insuladas, sem, no entanto, emprestar o enfoque aqui versado¹⁷.

Esta, como vimos, não é a posição assumida por COUTURE que faz nítida distinção entre as duas modalidades de instrução, emprestando aos *actos de petición* o devido realce, ao distingui-los dos *actos de prueba*.

Na doutrina pátria, como já ressaltado, temos o ensinamento do saudoso e nunca assaz louvado professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, que, igualmente, e de forma bastante clara, como era do seu estilo, estabelece o divisor de águas entre as duas modalidades de instrução, que, integradas, irão propiciar ao juiz chegar ao *decisum*.

8. Uma observação ainda há que ser assinalada em relação à alegada taxatividade do art. 564 do CPP, que assumiria, segundo respeitabilíssima doutrina, o caráter de *numerus clausus*, não admitindo, assim, a inclusão de outras causas de nulidade que não estivessem previstas no referido dispositivo legal ou em lei extravagante.

Nessa ordem de idéias, a falta de alegações finais não se encontra enumerada expressamente entre os casos de nulidade a que se refere o art. 564 do CPP, embora implicitamente as razões finais possam ser reconhecidas como indispensáveis, em razão do sistema advindo da própria Constituição Federal. Para um mais detalhado exame da matéria, o leitor interessado poderá consultar meu estudo anterior sobre o tema¹⁸, onde tentei evidenciar a essencialidade das alegações finais e a não-taxatividade do art. 564 do CPP.

9. Agora, superadas algumas indagações conceituais, será possível iniciar o estudo a respeito da técnica das alegações finais. O trabalho estará voltado, basicamente, para a atuação do Ministério Público estadual no processo penal, muito embora diversas considerações possam encontrar aplicação em qualquer feito criminal pois versam sobre assuntos ligados à própria teoria geral do processo.

¹⁷ Nesse sentido, entre outros consultados, podem ser vistos ENRICHE L. BOSCH MORETTI (*Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1952, “Libreria y Casa Editora de Emilio Perrot, Casa Central: 1846, Azmenaga, 1848”), GIOVANNI LEONE (*Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, Seconda Edizione, “Casa Editrice Dott Eugenio Jovene”, Napoli, 1951), JULIO ACERO (*Procedimiento Penal*, Cuarta Edición, Editorial Jose M. Cagica, Jr, SA, Puebla, México) e FRANCO CORDERO (*Procedura Penale*, Giuffrè-Editore, 1966).

¹⁸ Cf. *A relevância das alegações finais no processo penal* (in nº 03, dessas notas). No aludido trabalho procuro demonstrar que no art. 564, III não constam, entre as causas de nulidade, o impedimento do juiz, a falta de jurisdição, a falta de atribuição do órgão do Ministério Público, que importaria em violação ao princípio do “Promotor Legal”, o uso das provas ilícitas (ou das ilegítimas etc.).

10. Tomando por base o rito comum, em razão dos motivos expostos (6, *supra*), vejamos, por primeiro, as alegações finais escritas do Ministério Público perante o primeiro grau de jurisdição.

Nelas, necessariamente, oficiará o Promotor Legal¹⁹, que é aquele previamente lotado ou designado de acordo com critérios estabelecidos na lei ou em ato normativo derivado da lei (arts. 5º, LIII e 128, I, “b” da Constituição Federal). É daí que advém a atribuição do órgão de atuação do Ministério Público, que é pressuposto de validade da instância. Com efeito, a atribuição está para o *Parquet* assim como a competência está para o juiz. Dessa forma, quando a lei comina a sanção de nulidade prevista no art. 564, III, “d” do CPP, há que se entender que a atuação do Ministério Público se fará através de um membro da Instituição dotado de atribuição para atuar, gozando de inamovibilidade no exercício do seu mister (art. 38, II da Lei nº 8.625, de 12.2.93 – LONMPE). Aliás, a inamovibilidade encontra raiz constitucional (art. 128, § 5º, I, “b”).

Os autos devem ser direcionados “com vista” ao Ministério Público. Para controle do prazo, no gabinete da Promotoria deve haver um livro de recebimento de maneira que possa ficar registrada a *efetiva* entrega dos autos na data correspondente à do termo de vista. Da mesma maneira, quando da devolução dos autos a Juízo, caberá à Secretaria da Promotoria de Justiça exigir recibo do retorno dos mesmos, com a indicação da data por parte do escrivão do Juízo (ou do Secretário do órgão colegiado do Tribunal, quando feito estiver no segundo grau de jurisdição) ou de quem lhes fizer as vezes. Com os recursos da informática, torna-se possível a adoção de critérios mais modernos, desde que ofereçam a necessária segurança ao Ministério Público quanto a tais providências. O prazo de alegações finais é processual, aplicando-se-lhe, em consequência, o disposto no art. 798, § 1º do CPP. O prazo é de preclusão fraca. No entanto, apesar de tratar-se de prazo impróprio, tal fato não exime o Promotor de Justiça de cumpri-lo com exatidão até porque há sanções administrativas e disciplinares por sua violação (art. 801 do CPP).

Já assinalou a jurisprudência que as alegações finais juntadas ao processo fora do prazo não exigem o desentranhamento (TJSP, MS 174499 e RT 713/345)²⁰. Nem por isso, repito, o órgão de execução do Ministério Público, deverá descuidar-se de rigorosa observância do tempo reservado ao seu ofício.

Os prazos para o Ministério Público correm do termo de vista (art. 800, § 2º do CPP), salvo para a interposição de recurso. Mas a “vista”, entenda-se bem, há que se fazer com os cuidados acima indicados e com fiel observância ao disposto no art. 41,

¹⁹ Para uma pesquisa a propósito da origem do conceito de “Promotor Legal”, aconselha-se a leitura de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, pp. 146 e seguintes, Editora Saraiva, São Paulo, 1993), ANTONIO SCARANCE FERNANDES (*Processo Penal Constitucional*, pp. 232 e seguintes, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição) e PAULO RANGEL (*Direito Processual Penal*, p. 35, 5ª edição. Ed. Lumen Juris), onde vêm indicados os estudos pioneiros versando sobre o tema, ainda na década de 70, antes, portanto, da sua consagração pela Constituição Federal de 1988.

²⁰ Fonte: DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal anotado*, p. 397, Editora Saraiva, 20ª edição, 2003.

IV da Lei 8.625, de 12.2.93 (LONMPE). Diga-se o mesmo em relação à intimação quando for o caso de eventual interposição de recurso.

11. A lei processual, ao contrário do que ocorre com a sentença (arts. 381, 386 e 387 do CPP) bem como com o acórdão (art. 617 do CPP), não traçou normas a respeito do ofício do Ministério Público na fase de finais, limitando-se, singelamente, a indicar o prazo e o momento da sua atuação dentro do procedimento, assim mesmo com as imperfeições já assinaladas (6, *supra*).

A LONMPE (Lei nº 8.625, de 12.2.93), em acréscimo, dita ser dever do membro do Ministério Público “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal” (art. 43, III). O texto podia ser mais elaborado, até porque o relatório é apenas uma parte das alegações finais, como se verá.

Além do mais, é preceito constitucional (art. 129, VIII da CF) segundo o qual os membros do Ministério Público estão obrigados a indicar os “fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

12. As razões devem identificar o feito criminal (nome das partes, número do procedimento e o que mais componha a sua perfeita caracterização).

É o seu cabeçalho.

Segue-se, se assim aprouver ao promotor, a súmula (ementa ou resumo), onde restarão registrados todos os pontos relevantes do pronunciamento que será oferecido²¹. Não me parece que, na fase de alegações finais, tal resumo seja uma peça obrigatória. Ao contrário do que ocorre com o parecer do Procurador de Justiça nos Tribunais, que oferta a manifestação final do Ministério Público perante o Tribunal de Justiça Estadual (ou de Alçada, onde houver), a súmula pode ser dispensada na fase de finais. Guardar-se-ia, assim, uma simetria com as decisões monocráticas, que são desacompanhadas de ementa, ao contrário com o que se dá com os julgados dos Tribunais.

É preciso ter em conta que, nesta fase, o Ministério Público está atuando como parte propulsora da ação penal, não se exigindo, assim, em razões, que se comporte, do ponto de vista formal, como se fosse um parecerista. Não se trata, neste momento, de parecer mas de razões.

De qualquer maneira, nada impede que formule ementa em suas alegações finais.

²¹ A respeito do uso do vocábulo ementa ou, ainda, das palavras súmula, resumo, síntese ou índice de assuntos, para indicar o conjunto das matérias versadas nas razões, não há consenso. Há puristas no Ministério Público que entendem deva ser evitada a palavra ementa, já que esta ficaria reservada somente para encimar os acórdãos dos juízes. Veja-se, a respeito do dissentimento, meu estudo “A Técnica do Parecer”, *apud op. cit. in* nº 01 dessas notas.

Por fim, nesta primeira parte, que antecede as razões, o Ministério Público deve dirigir-se ao juiz do feito, deferindo-lhe o tratamento protocolar que lhe é assegurado em lei²².

13. As alegações podem seguir uma ordem numérica pois, sem dúvida, tal critério facilita, em muito, a remissão a qualquer tópico do arrazoado, evitando-se, com isso, repetição ociosa em relação a assunto já abordado. Por exemplo: o nº 01 estaria voltado para o relatório, o nº 02 para as preliminares, o nº 03 para o mérito e assim por diante. É evidente que este é um critério oferecido em função da forma com que eu atuava como Promotor de Justiça, cabendo, evidentemente, a cada colega adotar o caminho que melhor lhe parecer indicado. Vale, apenas, como mera sugestão sem que a orientação traçada importe necessariamente na indicação da melhor via a seguir.

14. As alegações propriamente ditas devem ter início com o relatório. Este, como já foi dito tantas vezes na doutrina, contém a história *relevante* do processo. Vale dizer: deve ser escoimado de dados desnecessários, que nada acrescentam ao conhecimento do feito e que só servem para tornar mais volumosas as razões além de engrossar os autos. Assim, como há casos e casos, o relatório irá variar em sua extensão em função de cada processo como também em decorrência dos incidentes que o cercaram. No relatório devem ser evitadas repetições inúteis de depoimentos e de peças processuais; basta a simples alusão à página dos autos em que se encontram aqueles dados, ficando, quando necessário, breve referência a algum fato que possa merecer relevo. Explica-se a parcimônia: no momento da fundamentação do parecer é que haverá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundamenta o requerimento final do *Parquet*.

Portanto, em geral, o relatório poderá ser sucinto.

Já se afirmou, com certa razão, que na exigência de relatório há uma desconfiança em relação ao juiz e ao promotor visando a saber se eles *efetivamente* leram todo o processo. Porém, há um aspecto que, pelo menos para mim, foi proveitoso; na medida em que ia relatando os fatos relevantes do processo, “arrumava” minha *opinio* sobre a causa criminal, de maneira que a seqüência do parecer se tornava mais fácil, principalmente quando chegado o momento de enfrentar o mérito.

15. Concluído o relatório, passa-se ao exame das questões prévias. Estas podem versar a respeito das preliminares, das prejudiciais ou de outra prévia de mérito. As primeiras, envolvendo uma gama imensa de temas processuais, são muito comuns. Já as prejudiciais raramente têm lugar, sejam elas homogêneas, sejam elas heterogêneas. A questão prejudicial envolve matéria de mérito e vem regulada nos arts. 92 a 94 do CPP. Conforme a hipótese, desde que a controvérsia seja “séria e fundada” e verse a respeito da “existência da infração” (art. 92 do CPP), haverá sobrestamento necessário da ação penal desde que a prejudicial cogite a respeito do estado das pessoas, observando-se,

²² Para um exame do tratamento devido aos magistrados e aos membros do Ministério Público, veja-se a ob. cit. in nº 01 dessas notas.

entretanto, a parte final do art. 92 do CPP, assim também, quando necessário, o respectivo parágrafo único. Desde que a prejudicial seja diversa da questão de estado (art. 93 do CPP), o juiz gozará de mera faculdade quanto à suspensão do andamento do feito, podendo, inclusive, decidi-la em linha de cognição incidental, sem conseqüências fora dos lindes do processo criminal ou ainda, caso no juízo cível haja sido proposta ação para resolvê-la, suspender o curso do processo, marcando prazo para tanto. Expirado o prazo fixado pelo juiz criminal sem que o juiz civil tenha proferido decisão, o juiz penal retoma sua competência para decidir a prejudicial, uma vez que no prazo da suspensão já foram colhidas as provas e providenciadas as diligências necessárias de natureza urgente. Desde que se trate de crime de ação pública, o Ministério Público intervirá na causa cível para o fim de promover-lhe o rápido andamento (arts. 93, § 3º do CPP). Aqui, impõe-se uma observação: o órgão do Ministério Público que atuará no cível não será, necessariamente, aquele que oficia no crime, mas sim o que for dotado de atribuição perante o juízo não-penal. Dependerá, assim, do que dispuser a lei ou ato normativo do Procurador-Geral de Justiça respectivo, de acordo com o que resultar aprovado pelo Colégio de Procuradores de Justiça ou por seu Órgão Especial (art. 12, II da LONMPE).

Portanto, quando em jogo questão prejudicial, haverá, na realidade, uma prévia de mérito, valendo notar que o Ministério Público, caso não concorde com a suspensão do processo por força da prejudicial, dispõe do recurso no sentido estrito contemplado no art. 581, XVI do CPP, que, no entanto, não terá efeito suspensivo (art. 584 do CPP). O recurso, como soa evidente, só será possível caso o *Parquet*, ele mesmo, não proponha a suspensão em alegações finais ou antes.

Outra prévia de mérito, esta muito comum de ocorrer, consiste na alegação da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva ou outra causa. Aqui, igualmente, está em foco o mérito, pois o próprio direito de punir do Estado é posto em xeque, não se relacionando, assim, com qualquer questão processual. O recurso cabível por parte do *Parquet* contra tal decisão vem catalogado no art. 581, VIII do CPP. Também aqui não ocorrerá efeito suspensivo, cabendo ao Ministério Público, se for o caso, recorrer sob pena de extinguir-se o processo, desde que, como é óbvio, ele mesmo não tenha suscitado a questão.

As mais das vezes, a genuína questão prévia cogita a respeito de matéria processual, tratando de nulidades e versando sobre uma infinidade de assuntos. A preliminar em sentido estrito, em geral, envolve tema que trata dos pressupostos processuais (de existência ou de validade), valendo notar que o art. 564 apresenta-se como um bom formulário das causas de nulidade, embora, no meu entendimento, não esgote o elenco dos vícios formais que podem contaminar um processo²³.

²³ Para um estudo mais completo do tema, veja-se o meu trabalho referido *in* nº 15 dessas notas.

No exame das preliminares, como de resto no decorrer de todo o processo, o Ministério Público deve comportar-se com imparcialidade, aspirando sempre a efetivação de um processo justo. Caso se faça presente uma nulidade absoluta, em prol da defesa, ainda que a parte ré nada alegue, o *Parquet* deve suscitá-la. Averbese-se, por tal razão, que em relação ao Ministério Público não se aplica a parte final do art. 565 do CPP. É certo que quando em jogo nulidades relativas (art. 572 do CPP), caberá ao imputado levá-las no momento oportuno (art. 571 do CPP), demonstrando o prejuízo sofrido. Não me parece que, em tal hipótese, haja motivo para o Ministério Público tomar a iniciativa da arguição do vício processual.

Vale ressaltar que, ainda que venha a alegar uma questão prévia, tal colocação não exime o Ministério Público de prosseguir em suas razões, abordando o mérito, pois o juiz pode desacolher a prévia levantada.

As questões preliminares devem obedecer a uma ordem de precedência, na medida em que o acolhimento de uma delas torne prejudicada qualquer discussão posterior a respeito das demais que se seguirem. Isto, evidentemente, se houver mais de uma prévia a ser examinada.

Duas preliminares guardam precedência absoluta sobre todas as demais, antecedendo mesmo o exame da questão prejudicial de estado ou a qualquer preliminar de mérito. Refiro-me, aqui, à arguição de suspeição e à suscitação de incompetência. A primeira, neste momento, só poderá estar fundada na ocorrência de “motivo superveniente” (art. 96, *in fine* do CPP), pois, na fase inicial, teria que se enfrentada através da exceção própria (art. 95, I do CPP). Quanto à incompetência, se absoluta, pode ser manifestada pela parte a todo o tempo. Torna-se evidente que ela só será alegada em razões finais caso não haja sido oposta no prazo da defesa (art. 108 do CPP). É certo que, no processo penal, com ou sem providência da parte, o juiz pode, de ofício, dar-se por incompetente em qualquer fase do procedimento (art. 109 do CPP), o que, de certa forma, torna secundária a participação da parte em relação ao exame da competência. Não me parece tenha sido uma boa solução do legislador, que deveria ter registrado que o art. 109 do CPP só encontraria aplicação quando em jogo casos de incompetência absoluta.

16. Segue-se o exame do mérito substancial, mesmo que o Promotor de Justiça, de ofício, tenha argüido a ocorrência de uma nulidade absoluta, ou acatado o vício processual suscitado pelo réu. É que o juiz, como ficou dito, pode não vir a acolher a questão prévia. Diga-se o mesmo em relação à prévia de mérito, como também já posto em relevo anteriormente.

O exame do mérito substancial deve ater-se à *causa petendi*, cuidando dos fatos e das provas que a confirmam ou infirmam, bem assim do direito aplicável à espécie.

Aqui, faz-se mister evitar a transcrição de depoimentos ou a repetição infundável de ementas de acórdãos. Em relação aos fatos basta a indicação da página dos autos

onde eles têm sítio. Quanto à jurisprudência vale a referência básica da sua orientação, registrando-se, apenas, o número dos julgados que a consagraram, com a transcrição completa do repositório de onde foram colhidas as decisões. A orientação vale também para a doutrina trazida à colação, fugindo de imensas e fastidiosas citações. O pensamento do autor invocado deve ser posto em relevo, anotando-se, igualmente, os registros bibliográficos indispensáveis para a sua localização (*vide*, 21.11, *infra*).

Aqui e ali se dará destaque especial a um aspecto altamente relevante para o processo, fazendo sua transcrição *ipsis litteris*. Porém, esta não deve ser a maneira habitual de proceder.

17. Concluído o exame do fato e do direito aplicáveis à espécie, chega-se ao “núcleo do mérito”. Nele o Ministério Público indicará o que pretende; a procedência (total ou parcial) ou a improcedência do pedido. Caso venha a postular o acolhimento do pedido, pouco importa se no todo ou em parte, deverá especificar as penas (ou pena) que, no seu entendimento, devam ser aplicadas ao réu, bem como o regime (inicial ou integral) em que a pena privativa de liberdade deva ser cumprida, caso seja ela a pretendida, evidentemente. Já em relação à sanção pecuniária, sobrelevará, em sua apreciação, o critério indicado no art. 60 do CP. Caso a hipótese comporte a substituição da pena privativa de liberdade, tomará o caminho apontado no art. 59, IV do C.P., particularizando a pena alternativa desejada.

A individualização concreta da sanção penal objetivada encontra sua importância no fato de que daí nasce o *interesse* para recorrer (art. 577, parágrafo único do CPP). Com efeito, o pedido de condenação constante da denúncia é, como de trivial sabença, genérico e, uma vez acolhido, retira do Ministério Público a sucumbência. Porém, pode inoportunamente subsistir o interesse em apelar, caso o *quantum* e/ou a qualidade da pena não atendam ao que o *Parquet* requereu em suas alegações finais. Averbe-se que o interesse em recorrer não fica subordinado necessariamente àquela providência. Porém, ela, sem dúvida, integra umas alegações finais elaboradas com boa técnica. É evidente que todas estas considerações perdem sentido caso o Ministério Público venha a requerer a absolvição do réu em sede de finais (art. 385 do CPP).

18. Ainda nesta fase de alegações finais, incumbe ao autor postular, se necessário, a aplicação por parte do juiz dos efeitos secundários da condenação, também denominados pela doutrina de efeitos reflexos ou acessórios. Eles podem ser de natureza penal ou extrapenal. No campo penal, por exemplo, caberá ao juízo da condenação comunicar a outro juízo a providência judicial tomada para o fim de suspensão do gozo do *sursis* processual que o réu vinha usufruindo (art. 89, § 3º da Lei nº 9099/95). Poderá, ainda, pretender o confisco cogitado no art. 91, II do CP, como efeito extrapenal da condenação. As providências são aqui mencionadas a título meramente exemplificativo, cabendo, conforme o caso, outras serem requeridas.

Por fim, como conseqüência lógica do requerimento de condenação, caberá ao réu, como vencido na lide, o pagamento das custas do processo (art. 804 do CPP) e a inclusão do seu nome no rol dos culpados, uma vez trântisa a sentença condenatória (art. 5º, LVII da CF).

Todas estas postulações, se cabíveis, devem integrar o fecho das alegações finais.

19. No que respeita às chamadas providências judicialiformes, caberá ao Ministério Público alertar ao juiz para que as tome. É o caso, por exemplo, da aplicação do art. 40 do CPP, quando em jogo crime de ação penal pública incondicionada. Nada impede, no entanto, que, em face do princípio da obrigatoriedade, o próprio órgão do *Parquet* remeta as peças necessárias diretamente ao Procurador-Geral. É interessante observar que, para tanto, o Ministério Público não depende de autorização judicial, pois a persecução criminal é atividade administrativa típica de sua atribuição, não cabendo ao juiz obstar a investigação criminal (art. 129, I e VIII, da CF). No momento oportuno, o Judiciário será chamado a intervir rejeitando, se for a hipótese, a denúncia que vier a ser apresentada ou trancando a própria investigação que se instaurar se *manifestamente* ilegal.

20. A data e assinatura do membro do *Parquet* encerram as alegações finais. A primeira situa o pronunciamento no tempo ao passo que a última é o sopro de vida daquele ato processual, como já tive a oportunidade de acentuar quando do exame dos requisitos da denúncia²⁴. É a parte autenticativa da fala de encerramento do *Parquet*.

21. Concluído o breve roteiro envolvendo as alegações finais escritas do Ministério Público, volto-me agora para algumas peculiaridades que podem surgir no momento da elaboração do pronunciamento derradeiro do *Parquet*.

21.1. Ocupo-me, por primeiro, do procedimento do Júri. Ao oferecer a denúncia, o Ministério Público *pede* somente a pronúncia do réu. Assim, na fase de alegações finais do *judicium accusationis* requererá, apenas, a pronúncia, a impronúncia ou a absolvição sumária (arts. 408, 409 e 411 do CPP), conforme o caso. Eventualmente, levantará a incompetência do Tribunal Popular para julgar o feito (art. 410 do CPP). Deixando de lado esta última providência, que nos afastaria do procedimento do Júri, incumbe-lhe ofertar finais no prazo de 05 dias (art. 406 do CPP). Estas poderão ser sucintas, não necessitando do mesmo aprofundamento exigido nas demais razões finais. É que elas têm em mira obter tão somente uma decisão processual, salvo quando pretenderem uma solução sobre o mérito da causa (art. 411 do CPP). De qualquer maneira, exige-se um mínimo de fundamentação, pois não se justifica pretender-se a pronúncia de alguém sem a indicação dos motivos que a justifiquem. Na verdade, as alegações finais de mérito serão feitas oralmente em plenário por ocasião do julgamento do réu (arts. 471, 473 e 474 do CPP).

²⁴ *Apud op. cit. in* nº 2 dessas notas.

21.2. Outra importante consideração em relação à qual o Ministério Público não pode descuidar relaciona-se com o prequestionamento a respeito da questão federal constitucional, indispensável para futura e eventual interposição de recurso extraordinário (Súmulas 282 e 356, STF). Argüido em finais, servirá de base para os recursos que se seguirem (em regra, a apelação) e onde será reiterado, se for o caso, dando margem a que matéria venha a ser ventilada tal como exigido nas súmulas acima indicadas. Penso que o prequestionamento pode ser implícito; desde que a matéria tenha sido discutida bastaria para sustentar-se como prequestionada. Porém, o entendimento majoritário volta-se no sentido de que o prequestionamento deve ser expresso e, dessa forma, para evitar dissabores futuros, o Ministério Público deverá argüi-lo de forma expressa.

Diga-se o mesmo em relação ao recurso especial, onde, igualmente, a exigência de prequestionamento da questão federal infraconstitucional se faz necessária, e, uma vez suscitada quando das alegações finais, servirá de base para os recursos que, se for caso, vierem a ser interpostos no futuro (de comum, a apelação).

21.3. Pode ocorrer que, concluída a instrução criminal probatória, vislumbre o Ministério Público a necessidade de aditar a denúncia. A lei não regulou o aditamento espontâneo, por sinal, no meu entendimento, o único válido em um processo que se diz acusatório²⁵. Caso ele não venha requerido em fase de diligências (art. 499 do CPP), deverá sê-lo em alegações finais, como preliminar, oferecendo-se, do mesmo passo, em peça processual destacada, o aditamento pretendido. O fundamento filosófico básico para o Ministério Público em matéria de aditamento reside na observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, não sendo lícito ao *Parquet* dispensá-lo quando presentes motivos que o justifiquem. Portanto não se cogita de uma faculdade do acusador aditar ou não a denúncia.

É de se indagar: cabe recurso contra a decisão que vier a rejeitar o aditamento espontâneo? Muito embora a questão não seja pacífica, quer na doutrina, quer na jurisprudência, pois não cogitada na lei, ao meu julgamento, ela enseja o apelo residual previsto no art. 593, II, do CPP²⁶. Compreende-se a omissão da lei em relação ao recurso cabível, uma vez que o Código não tratou daquela modalidade de aditamento.

21.4. As alegações finais do Ministério Público no procedimento traçado na Lei nº 9099/95 serão orais (art. 81, *in fine*). O diploma legal em questão usa a expressão “debates orais” para indicar as razões finais das partes em audiência. Delas, dada a sua relevância, deve constar resumo para que fiquem documentadas nos autos (art. 81, § 2º), lavrando-se o competente termo. Como é natural, de acordo com o princípio da celeridade, os debates deverão ser breves embora a lei não fixe um tempo determinado para a sua realização. Por sinal, no Júri, onde as razões finais também são orais (art.

²⁵ Para um exame mais completo do tema, veja-se o meu estudo “O aditamento provocado, uma heresia”, *in Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, pp. 09 e seguintes, nº 25 (abr.-maio – 2004).

²⁶ Ob. cit., *in* nº 20 dessas notas.

471 do CPP), a ata de julgamento descreverá fielmente os “debates orais” (art. 495, XV, segunda parte, do CPP), indicando a lei o tempo destinado à acusação e à defesa para tal fim (art. 474 do CPP).

21.5. As razões finais podem ser apresentadas por estagiários?

A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar nº 106, de 03 de janeiro de 2003) regula a atividade do estagiário no art. 49 (seção VI, Capítulo V). Eles figuram como auxiliares das Promotorias e Procuradorias de Justiça, por período não superior a três anos, escolhidos dentre alunos dos três últimos anos ou dos períodos correspondentes do curso de bacharelado em Direito de escolas oficiais ou reconhecidas. Sua admissão dá-se mediante concurso público, incumbindo à Corregedoria-Geral do Ministério Público organizar o processo de admissão bem como acompanhar-lhes o desempenho e aproveitamento. Já foram realizados dois concursos para ingresso no quadro de estagiários do *Parquet* em 2003 e 2004. Portanto, há um critério de seleção e acompanhamento bastante rigoroso por parte da nossa Corregedoria.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, considerou nulidade a apresentação de alegações finais por estagiário, entendendo que se trata de ato privativo de advogado (Cf. H.C. 64.676, 2ª Turma, em 5.6.87, *DJU* 18.9.87, p. 19.670)²⁷.

Penso, porém, que nada impedirá o ofertamento de razões finais por estagiário, desde que venham também assinadas pelo Promotor de Justiça junto ao qual servirem.

21.6. Caso o Ministério Público venha a requerer a absolvição do réu (art. 385 do CPP), suas alegações finais deverão, igualmente, exigir fundamentação, gerando o interesse para a interposição de apelação em favor do acusado (art. 577, parágrafo único, do CPP), pois ao *Parquet* somente convém a realização de um processo *justo*. Na realidade, o apelo não se fará em favor do condenado mas sim no objetivo de chegar-se a uma solução adequada para o processo, finalidade maior da atuação do Ministério Público.

21.7. Seja-me concedida breve advertência a respeito da redação das razões finais. Ela deve primar pela sobriedade e pela clareza, evitando-se, tanto quanto possível, o uso de adjetivação agressiva contra o réu. Sabe-se que *reus res sacra*. Por mais hedionda que seja sua conduta, o acusador deve conter sua pena, policiando sua linguagem.

O processo, no fim de contas, nada mais é que a forma civilizada de composição dos litígios. Puna-se com justiça a infração penal praticada, mas trate-se o réu com caridade cristã. A máxima jesuítica *fortiter in re, suaviter in modo* encontra aqui inteira aplicação²⁸.

21.8. Com igual razão deve-se exigir respeito para com os colegas de Instituição, para com os juízes, para com os advogados e defensores públicos que tenham oficiado no processo respectivo. Qualquer crítica que se tenha a fazer à sua atuação deverá revestir-se

²⁷ Ob. cit. *in* nº 17 dessas notas, p. 397.

²⁸ Ob. cit. *in* nº 01 dessas notas. Ali o assunto ganhou mais amplo tratamento.

de caráter técnico, jamais descambando para o uso de linguagem desabrida. Tome-se a via da correição, caso necessário, quando qualquer deles afastar-se dos parâmetros da boa educação²⁹. Igual respeito deverá ser deferido aos funcionários do Ministério Público e aos do Poder Judiciário que participarem do feito.

21.9. Ao requerer a absolvição, o Promotor de Justiça deverá especificar o fundamento legal em que se baseia seu pronunciamento dentre as hipóteses contempladas no art. 386 do CPP. É que não se pode dissociar os reflexos que a eventual absolvição terá em relação ao ressarcimento do dano *ex delicto*, sem falar no aspecto moral, igualmente relevante para o réu. Observe-se, porém, que, no caso de omissão, o fundamento do requerimento de absolvição poderá ser extraído do conteúdo das razões apresentadas.

21.10. Quando o caso comportar a aplicação da medida de segurança, impõe-se que o Promotor de Justiça especifique, em seu pronunciamento final, qual providência pretende (tratamento ambulatorial ou internação), com a indicação, inclusive, do prazo mínimo de duração da medida (art. 96 e seguintes do CP). Pode ocorrer ainda que o agente seja, apenas, semi-responsável (art. 26, parágrafo único do CP), caso em que, por força do sistema vicariante, o Promotor de Justiça terá que fazer opção entre requerer a aplicação de pena reduzida ou de medida de segurança³⁰.

21.11. A indicação da bibliografia por acaso trazida à colação quando do oferecimento das razões finais deve obedecer a um critério rigoroso de maneira a ensinar ao leitor pronta consulta, caso entenda necessário. Ela deve especificar o nome da obra, o do autor, a indicação da editora, da edição, do ano, do volume (quando for a hipótese) e a página onde se encontra a passagem objeto de referência. Caso ela esteja relacionada com uma revista, o nome da publicação deverá vir estampado, juntamente com o número, ano, período do ano e página da citação, bem como a designação do artigo ou ensaio referido. Diga-se o mesmo quando haja alusão à jurisprudência. Aqui também se fará menção ao repositório (contendo todas as indicações necessárias) onde ela pode ser encontrada bem como ao número e à natureza do recurso ou, se tal se der, à página e à data do Diário Oficial onde o julgado foi publicado. Quanto à disposição, os dados poderão constar no próprio corpo das alegações finais ou em nota de rodapé, esta mais usada em trabalhos de doutrina³¹.

21.12. As finais, no rito sumário, tal como ocorre no procedimento do júri e no da Lei 9099/95, serão prestadas oralmente (art. 539 do CPP). Acontece que o procedimento sumário perdeu relevância com o advento da Lei 9099/95, pois a grande maioria dos crimes que se encontrava sob sua regência acabou sendo absorvida pelo rito sumariíssimo da Lei 9099/95.

²⁹ Ob. cit. *in* n° 01 dessas notas. Ali o assunto ganhou mais amplo tratamento.

³⁰ Ob. cit. *in* n° 01 dessas notas. Ali o assunto ganhou mais amplo tratamento.

³¹ Em relação às notas de rodapé, deve ser evitado o uso, muito comum em artigos de doutrina, de textos excessivamente longos, que chegam a abranger, às vezes, metade do conteúdo do próprio trabalho.

21.13. Nos casos de competência originária por prerrogativa de função, há duas modalidades de alegações: as primeiras serão escritas (art. 11 da Lei 8038, de 28.5.90, aplicável aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais por força da Lei 8658, de 26.5.93) e as finais propriamente ditas (art. 12, I) onde se darão os debates, mediante sustentação oral. Em ambas, conforme o caso e no que couber, ficam de pé todas as exigências formais acima analisadas.

21.14. Eventualmente, caso as finais requeiram a absolvição do réu, caberá ao Ministério Público manifestar-se no sentido do levantamento de medida assecuratória consistente no seqüestro (art. 131, III do CPP), assim também quanto à hipoteca legal (art. 141 do CPP), caso aquelas medidas se façam presentes.

Igualmente, voltado agora para a caução, deverá postular a aplicação do mandamento legal externado no art. 337 do CPP, tão logo passe em julgado a absolvição.

Em sentido contrário, se, nas finais, quanto ao mérito, o *Parquet* postular a condenação do réu-afiançado, igualmente deverá requerer que o dinheiro ou objetos e valores dados como caução fiquem sujeitos ao pagamento das custas do processo (art. 804 do CPP), da indenização do dano *ex delicto* (arts. 63 e seguintes do CPP) e da sanção pecuniária (art. 336 do CPP).

21.15. Quando da elaboração de um novo Código de Processo Penal, as alegações finais deverão merecer tratamento legislativo adequado, tal como ocorre, na atualidade, com a sentença (arts. 381, 386 e 387 do CPP) e com o acórdão (art. 617 do CPP), providenciando-se a indicação de suas regras básicas nos moldes delineados no presente estudo.

Assim, para resumir, a lei deverá dispor que as alegações finais conterão:

I – o cabeçalho, com os dados necessários para a identificação da causa a que se referem;

II – o juiz ou tribunal a que são dirigidas;

III – o relatório;

IV – a fundamentação;

V – o requerimento final;

VI – a data e a assinatura do órgão de atuação do Ministério Público ou do advogado do querelante.

22. Espero que estas despreziosas anotações possam revestir-se de alguma utilidade para os meus jovens colegas de Ministério Público, valendo, quando menos, como simples roteiro para as suas atividades diárias.

Outono de 2004.

Breves anotações sobre o art. 600 § 40 do Código de Processo Penal¹

Sergio Demoro Hamilton

A primitiva redação do art. 600 do Código de Processo Penal não previa a inclusão do atual parágrafo quarto que só veio a ser inserido com o advento da Lei nº 4.336, de 01 de junho de 1964.

Com efeito, foi através deste último diploma legislativo que ficou assegurado ao apelante o direito de arrazoar na superior instância, desde que, na petição ou no termo de interposição do recurso respectivo, manifeste declaração no sentido de arrazoar o apelo perante o Tribunal *ad quem*.

Que motivos teriam levado o legislador a permitir tal privilégio ao apelante, excepcionando a regra básica contida no *caput* do aludido art. 600?

Acredito que os argumentos invocados pelo legislador, ao estabelecer a exceção, estavam voltados para a situação do interior dos Estados da Federação, pois, muitas vezes, um réu, de cidade do interior, é assistido, em sua defesa, por advogado da Capital, sem dispor de tempo, portanto, para deslocar-se até a comarca e apresentar oportuna e adequadamente suas razões. Como o apelo, no processo penal, é bifásico, fácil se torna ao advogado manifestar seu inconformismo com o *decisum* recorrido, deixando para ofertar suas razões perante o Tribunal *ad quem*, quando, então, de posse dos autos, poderá estudar o processo com a quietude e os cuidados necessários. Aliás, o próprio réu, em autodefesa, tem qualidade para recorrer, nos exatos termos dos arts. 577 e 578 do CPP, garantindo a apelação, na pior hipótese, em seu efeito devolutivo integral (art. 599 do CPP), caso em que, com ou sem razões (art. 601 do CPP), caberá ao Tribunal conhecê-la. Já o advogado poderá deixar a petição de recurso em poder de colega local, para, no caso de apelo, despachá-la com o juiz da comarca ou, quando intimado da sentença, apelar, até mediante *fax*, ressaltando, expressamente, sua intenção de arrazoar a manifestação recursal perante o segundo grau de jurisdição. De qualquer maneira, tal ressalva torna-se indispensável, pois, sem ela, o advogado não se beneficiaria do privilégio legal cogitado no parágrafo quarto, sujeitando-se à regra geral do art. 600 do CPP.

E o Ministério Público?

¹ Artigo publicado originalmente na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 2, p. 158-167, jul./dez. 1995.

É evidente que, não havendo razões da parte do réu-apelante, o Promotor de Justiça não teria o que contrariar. Em tal hipótese, após a interposição do recurso, os autos devem subir ao tribunal competente para julgamento da apelação.

A razão do presente trabalho consiste, principalmente, em buscar uma solução técnica, procurando indicar o órgão de atuação do Ministério Público que deva officiar no processo perante o segundo grau de jurisdição, tendo em conta equivocadas interpretações que o tema tem merecido, aqui e ali, principalmente, por parte de parcela da jurisprudência, muito embora, na doutrina, a questão pareça mais assentada.

Deve o Procurador de Justiça acumular as duas atribuições, em única fala, emitindo parecer que supriria a omissão das contra-razões por parte da Promotoria de Justiça ou, ao revés, impõe-se manter distintas as duas atribuições?

Na tentativa de buscar uma solução para o tormentoso problema, nem sempre bem compreendido e analisado, é que este trabalho ganhou vida.

A primeira vez que me deparei com a questão foi quando em exercício na Procuradoria de Justiça perante a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal - RJ tive a oportunidade de suscitar perante o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro um Conflito Negativo de Atribuições na Apelação Criminal de nº 20.029/83.² Ao que me parece, aquela era a primeira vez que o tema, em nosso Estado, mereceria exame por parte da Chefia do *Parquet*.

Versava o caso a respeito de um apelo em que o recorrente postulava o benefício do §4º do art. 600 do CPP. Os autos foram, então, com vista ao Promotor de Justiça que, acertadamente, salientou que não tinha contra-razões a oferecer, diante da ausência de razões por parte do apelante. Até aí, nada mais correto. Porém, ao final da sua manifestação, demitiu-se, de forma definitiva, de sua atribuição para officiar no feito, salientando que “em virtude do apelante ter optado pela apresentação de suas razões na instância superior” os autos deveriam subir ao Tribunal, “onde o M.P. intervirá pelo seu órgão de atuação no Tribunal, após a apresentação das razões pelo recorrente” (fls. 178v).

Em outras palavras: indicava o Procurador de Justiça como devendo exercer atribuição cumulativa, suprimindo, com seu parecer, as razões não-apresentadas pela Promotoria de Justiça, em único pronunciamento.

Por tal razão, suscitei conflito negativo de atribuições, perante o Procurador-Geral, fazendo-o nos próprios autos onde se processava a apelação, pela simples razão de que se tratava de conflito negativo, que impedia a apreciação do mérito do recurso por parte do Ministério Público. A providência encontra fundamento no art. 10, nº XXIII da Lei Complementar Estadual de nº 28, de 21.05.82.

² Conflito Negativo de Atribuições suscitado na Apelação Criminal de nº 20.029/83, originária da 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal - RJ.

Naquela ocasião salientei que não cabe ao Procurador de Justiça oferecer contra-razões de apelação e, muito menos, digo agora, em seu parecer, abranger a fala inarredável do Promotor de Justiça, invadindo atribuição que não lhe compete, com total violação dos prazos processuais.

Sustentei, então, que, assim como os juízes julgam nos limites da sua competência, os órgãos de atuação do Ministério Público oficiam nos limites da sua atribuição. Caberia, assim, ao Promotor de Justiça atuar como parte instrumental em contra-razões de apelação em ocorrendo a hipótese do art. 600 § 4º do CPP, pois que o Procurador de Justiça não substitui o Promotor de Justiça, uma vez que oficia, no segundo grau de jurisdição, como fiscal da lei, no prazo concedido no art. 610 c/c 613 do CPP, emitindo parecer; pode, inclusive, discordar da posição assumida pela Promotoria de Justiça em relação à lide penal.

A regra geral do art. 257 do CPP faz nítida distinção entre as duas atribuições do Ministério Público no processo penal, não ensejando qualquer dúvida quanto à natureza de cada uma delas.

O Procurador de Justiça emite parecer (art. 25, I da Lei Complementar de nº 28, de 21.05.82), sem guardar qualquer vínculo com as razões da Promotoria de Justiça. Aliás, se assim não se desse, seria ociosa e repetitiva a presença do Procurador de Justiça perante o Tribunal. Por que o *bis in idem*?

Salientava, ainda, no aludido conflito de atribuições, a observação de Tourinho, ao examinar o assunto, mostrando os critérios de distribuição de serviço em tal caso. No Rio Grande do Sul, por exemplo, os autos retornam à comarca de origem para o oferecimento de contra-razões.³ Já em São Paulo, salienta aquele eminente processualista, os membros do Ministério Público que atuam no Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça desempenham tal tarefa. Após, os autos são encaminhados ao Tribunal para, em seguida, retornarem à Procuradoria, a fim de que o Ministério Público de segunda instância se pronuncie como *custos legis*.⁴

Acrescentei, ainda, outra colocação de caráter estritamente processual, ao gizar que os prazos concedidos à acusação e à defesa não podem ser subtraídos às partes, pena de nulidade (art. 564, III, “e” do CPP), não se permitindo, assim, a reunião de prazos distintos, voltados para momentos processuais diversos, com um único pronunciamento. As contra-razões estão versadas no art. 600 do CPP, ao passo que o parecer tem lugar no artigo 610 c/c 613 do CPP. Haveria, destarte, cerceamento da acusação, como parte, que ficaria impedida de, eventualmente, contrariar as razões do apelante. Aliás, é, justamente, por tal motivo que a lei fala em “partes” no art. 600 § 4º ora em exame.

³ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Prática*, pág. 364, Ed. Jalovi, Bauru, São Paulo, 1977.

⁴ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 04, pág. 278, Editora Saraiva, 1983.

Por fim, procurei demonstrar que a atribuição, como a competência, reveste a natureza de pressuposto processual de validade da instância e, dessa maneira, sempre que, em determinado processo, o julgamento se der por juiz incompetente, haverá nulidade do ato decisório (art. 564, I, proêmio, c/c art. 567 do CPP). Da mesma forma, se faltar atribuição ao órgão de execução do Ministério Público para officiar no feito ou em determinado ato processual, a intervenção indevida será sancionada com a nulidade do ato ou do processo (conforme o caso), nos exatos termos da lei processual penal básica (art. 564, III, “d”). É certo que quando a lei fala em intervenção do Ministério Público deve-se entender, sempre e sempre, que ela se dará por intermédio do órgão de atuação do Ministério Público revestido de atribuição para officiar em determinado ato ou em todo processo.

A questão foi, então, submetida ao exame da Assessoria do Procurador-Geral, merecendo parecer do douto membro do Ministério Público, Dr. Luiz Fernando de Freitas Santos⁵, que assinalou: “a questão diz com a natureza da função do Órgão do Ministério Público que funciona junto aos Tribunais. A rigor, as razões do ilustre Procurador suscitante são mais do que suficientes para demonstrar a procedência do conflito. É indisputável - a nosso ver - exercer o Procurador de Justiça em exercício nos Tribunais, quando officia nos recursos oriundos de sentença do primeiro grau de jurisdição, *única e exclusivamente a custodia legis*. A entender-se de outra forma, chegar-se-ia a autêntico absurdo processual. É que se o Procurador *também é parte*, - e por isso deve oferecer contra-razões aos recursos -, então ou a função do Procurador será desnecessária ou irrelevante será a do Promotor. Não se entenderia, com efeito, esta curiosa *intervenção dúplice* da parte...” E prossegue aquele eminente e sempre lembrado colega do Ministério Público: “é lógico, em conseqüência, não terem ambos a mesma função! E não têm mesmo! O Promotor *é parte*, mesmo que *parte sui generis*, como preferem alguns, na ação penal. Como *parte* que *é* incumbê-lhe oferecer razões opostas àquelas trazidas à colação pela *outra parte*. O Procurador *é fiscal da lei* e, como tal, a ele incumbe dar *parecer, contra ou a favor* da pretensão recursal de *qualquer das partes!* A posição que ora se sustenta corresponde, aliás, às *funções institucionais* do Ministério Público, como é de sábeça trivial”. E concluía pelo conhecimento e provimento do conflito para fixar a atribuição para o oferecimento das contra-razões pela Promotoria de Justiça.

O parecer em tela mereceu a aprovação do Procurador-Geral de Justiça de então, Dr. Nicanor Medici Fischer.

Em seu apreciado trabalho *O Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural - Atribuição e Conflito*⁶, o Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro empresta

⁵ Luiz Fernando de Freitas Santos, parecer ofertado no Conflito Negativo de Atribuições suscitado na Apelação Criminal de nº 20.029/83, que mereceu a aprovação do Procurador-Geral de Justiça de então, Dr. Nicanor Medici Fischer.

⁶ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *O Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural - Atribuição e Conflito*, pág. 111, Forense, Rio de Janeiro, 1989.

ao tema singular tratamento ao examinar a posição do douto Professor Afranio Silva Jardim⁷ em relação ao assunto aqui versado. Com efeito, entende este último que “a atribuição para oferecer as contra-razões seria do Procurador de Justiça da Câmara onde a apelação foi distribuída, porque fixa a atribuição do Ministério Público pela competência funcional vertical da Câmara”. Opondo-se a tal entendimento, salienta o culto Procurador de Justiça Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro que o fundamento da posição aqui defendida reside na condição de que “o promotor natural para o oferecimento de contra-razões é aquele que atua junto ao juízo criminal, pois tal ato está compreendido no âmbito de suas atribuições”. É preciso assinalar que a colocação, sem dúvida perfeita, do ilustre Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, é feita em trabalho publicado em data posterior à vigência da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio do promotor natural ou legal em seu artigo 128, § 5º, inciso I, letra “b”, pois, antes, a matéria era, apenas, ventilada na doutrina mas ainda sem a segurança que só a lei pode imprimir a qualquer tema jurídico.

Recentemente, o assunto voltou à baila, quando do julgamento da Apelação nº 409/93 perante a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do nosso Estado. Ali, insurgindo-se contra a posição assumida pelo relator do feito, segundo a qual o pronunciamento do Ministério Público sobre as razões oferecidas no Tribunal, no caso do art. 600 § 4º do Código de Processo Penal, cabe à Procuradoria de Justiça, o douto Procurador de Justiça, Dr. Adolpho Lerner⁸, teve a oportunidade de fazer exaustiva pesquisa doutrinária e jurisprudencial no sentido de demonstrar o equívoco da posição assumida pelo relator do feito. Citava, em prol do seu entendimento, entre outros, o clássico Eduardo Espínola Filho (*Código de Processo Penal Anotado*, Borsoi, 1961, volume 06, pág. 238, falando em tese, sem contemplar o dispositivo em exame), o Procurador de Justiça Magalhães Noronha (*Curso de Direito Processual Penal*, 1979, pág. 371, Saraiva), outro clássico de nossos tempos, o Professor Fernando da Costa Tourinho Filho (*Prática de Processo Penal*, ed. Jalovi, 8ª edição, 1982, pág. 406 e *Processo Penal*, ed. Javoli, 3ª edição, volume 4, pág. 261), Sergio de Andréa Ferreira (*Princípios Institucionais do Ministério Público*, 2ª edição, 1983, págs. 27/8 e parecer publicado no D.O.R.J., em 25.02.85, pág. 21), o já referido Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, além do autor do presente trabalho, fazendo, em relação ao último, referência ao conflito de atribuição pioneiro antes mencionado. E salientava o culto parecerista: “atentos à diversidade das atribuições conferidas aos Promotores e Procuradores de Justiça, os doutrinadores,

⁷ Afranio Silva Jardim, “Atribuições dos Órgãos do Ministério Público no Processo Penal,” pp. 130/131, nota 26, apud *op. cit. in* nº 05.

⁸ Adolpho Lerner, parecer na apelação criminal de nº 409/93, perante a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com referência doutrinária a diversos autores que tratam do assunto, tais como, Eduardo Espínola Filho, Magalhães Noronha, Fernando da Costa Tourinho Filho, Sergio de Andréa Ferreira, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sergio Demoro Hamilton e Hugo Nigro Mazzilli, todos no sentido da existência de incompatibilidade da acumulação de atribuições pelo Procurador de Justiça na hipótese do art 600 § 4º do Código de Processo Penal.

em uníssono, afastam a possibilidade dos últimos ofertarem razões recursais mesmo na hipótese contemplada no art. 600 § 4º do Código de Processo Penal” (parecer do Procurador de Justiça, Dr. Adolpho Lerner na Apelação Criminal de nº 409/93 da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

Nem se argumente, como entendiam alguns, que o Procurador de Justiça detém o monopólio das atribuições do Ministério Público perante os tribunais. Com efeito, dispunha a Lei Complementar nº 40/81 (LONMP), em seu artigo 10, que a função do Ministério Público junto as Tribunais, salvo junto ao Tribunal do Júri, somente poderia ser exercida por titular do cargo de Procurador de Justiça, vedada a sua substituição por Promotor de Justiça. Mesmo ao tempo da vigência daquela Lei Complementar, era meu entendimento que o referido artigo 10 em nada interferia na apresentação de contra-razões pela Promotoria de Justiça, na hipótese do art. 600 § 4º do Código de Processo Penal, pois que, em tal caso, o Promotor estaria atuando no âmbito das suas próprias atribuições, e não “junto aos Tribunais”, esta sim atribuição específica do Procurador de Justiça, ao emitir pareceres, sustentando-os perante o Colegiado respectivo, ou interpondo o recurso cabível. Porém, com o advento da Lei 8.625, de 12.02.93, a nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aquela vedação contida no artigo 10 da LONMP de 81 deixou de subsistir. Muito ao contrário, dispõe o art. 22, III da atual LONMP sobre a possibilidade, “em caso de licença de Procurador de Justiça ou afastamento de suas funções junto à Procuradoria de Justiça”, de convocação de Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria para substituí-lo, bastando, para tanto, que solicite a providência ao Procurador-Geral de Justiça. Portanto, atualmente, nem mesmo a antiga objeção que se fazia, a meu ver pífia, no sentido de que só os Procuradores poderiam atuar junto aos Tribunais, sobrevive, caindo por terra diante da nova LONMP.

Vale salientar, por sinal, que a matéria, no âmbito do Ministério Público do Rio de Janeiro, encontra-se, no momento, regulada pela Resolução nº 277, de 02.10.87, que, em seu artigo 1º, estabelece que, no caso de incidência do art. 600 § 4º do Código de Processo Penal, cabe à Promotoria de Justiça junto à Vara de origem contra-arrazoar, segundo a espécie, a apelação criminal, em processo de ação pública.

Portanto, o longo caminho percorrido serviu para consolidar, no campo da doutrina, a posição inicialmente sustentada no conflito de atribuições suscitado no longínquo ano de 1983, quando, diante de um caso concreto, o Ministério Público firmou a posição defendida no presente estudo.

Ocorre que, desde então, surgiu um dado novo, que torna inafastável o entendimento de que somente ao Promotor incumbe contra-arrazoar o apelo desde que presente a incidência da norma contida no § 4º do art. 600 do Código de Processo Penal. É que a Constituição Federal de 1988 erigiu à categoria de preceito o Princípio do Promotor Natural ou Princípio do Promotor Legal (art. 128 § 5º, inciso I, letra “b”). Já agora a questão não mais se trava no âmbito estritamente processual, deslocando-se para o campo

da norma constitucional. Na realidade, ao consagrar a inamovibilidade dos membros do Ministério Público entre as garantias que cercam a Instituição para a perfeita consecução de seus fins, parece-me, agora, que a questão envolvendo a matéria em estudo não comporta posicionamento diverso daquele sustentado pela melhor doutrina. O Procurador não pode usurpar as funções do Promotor oferecendo, por este, razões que, por lei, ao último competem. Em outras palavras: torna-se impossível arredar o Procurador de Justiça de suas atribuições legais sem afronta ao princípio da inafastabilidade garantido pela norma constitucional. Somente por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público e pelo voto da maioria qualificada de seus membros (dois terços), assegurada ampla defesa, é que seria possível retirar do órgão de atuação do *Parquet* o exercício normal das suas atribuições legais. É o que ordena a Constituição Federal. Ora, no caso, não há falar, por absurdo, em “interesse público” no ofertamento de contra-razões e, muito menos, como já demonstrado, que a fala em contra-razões seja atribuição legal do Procurador de Justiça.

E mais: como acentua Adolpho Lerner, citando o Professor Hugo Nigro Mazzilli, em erudito parecer prolatado na Apelação Criminal nº 409/93 da 4ª Câmara Criminal do TJRJ, “o verdadeiro fundamento da inamovibilidade não repousa apenas na impossibilidade de afastar membro do Ministério Público de seu cargo, mas também visa proteger suas funções” (*vide Regime Jurídico do Ministério Público*, Saraiva, 1993, pág. 130).

A colocação doutrinária em questão, de rara felicidade, bem demonstra a exata dimensão do princípio da inamovibilidade, abrangente não somente do cargo como também do exercício da função.

É preciso assinalar, ainda uma vez mais, que o *thema*, na atualidade, toca com o Princípio do Promotor Natural ou do Promotor Legal, pairando muito acima da mera colocação do assunto como matéria estritamente processual. Ela é processual também; mas o assento da questão repousa, agora, na Constituição Federal. Cumpre deixar claro que o Plenário do Supremo Tribunal Federal⁹, ao apreciar o *Habeas Corpus* de nº 67.759-6 originário do Rio de Janeiro, rel. o Ministro Celso de Mello, proclamou a existência do princípio do promotor natural no direito positivo brasileiro, pondo fim a qualquer controvérsia que, por acaso, ainda pairasse sobre o assunto.

Esta, sem dúvida, a questão maior que a aplicação do art. 600 § 4º do Código de Processo Penal pode apresentar aos olhos do intérprete.

Ao lado dela outras há, igualmente interessantes, e que merecem breves observações.

a) A primeira relaciona-se com a qualidade para a postulação da providência, ou seja, quem pode requerer a providência legal, fazendo uso da faculdade a que alude o § 4º do art. 600 do Código de Processo Penal. Somente o apelante, sem dúvida, poderá

⁹ Acórdão do plenário do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* de nº 67.759-6, relator o Ministro Celso de Mello.

fazer uso daquela prerrogativa legal, como, aliás, está expresso na lei processual. Portanto, é de concluir-se que ao apelado jamais será permitido protestar por contra-arrazoar no segundo grau de jurisdição. E nem teria sentido que tal se desse, tendo em conta as razões já expostas, e que, no meu entendimento, motivariam a existência do aludido dispositivo (1, *supra*). É caso, por sinal, de mera interpretação literal da lei.

b) Outra observação que se impõe diz respeito ao apelante. É que a lei processual alude, pura e simplesmente, à figura do “apelante” sem especificar se o autor ou o réu. Tal colocação genérica poderia levar à equivocada conclusão de que o Ministério Público, quando apelante, também poderia fazer uso da faculdade legal. Porém tal não se dá, visto que o Ministério Público atua, como já acentuado, nos limites das suas atribuições, previamente fixadas em lei, cabendo, assim, ao Promotor de Justiça apelar e arrazoar o recurso por ele interposto perante o juízo onde dispõe de atribuição. Demais disso, em cada juízo haverá, necessariamente, lotado ou designado, um órgão de atuação do Ministério Público, não se justificando, assim, o privilégio criado, unicamente, para beneficiar advogados que não residem na comarca onde o feito tem andamento (1, *supra*).

c) Descabe o privilégio, também, quando se trata de recurso em sentido estrito. Torna-se fácil explicar a vedação, pois que a lei fala, expressamente, em “apelante”, excluindo, portanto, o recurso estrito. E por que limita a faculdade de arrazoar em segunda instância somente ao apelo? Pela simples razão de que o recurso no sentido estrito, necessariamente, terá que ser arrazoado pelo recorrente, para que possa permitir ao juiz exercitar o juízo de retratação (art. 589 do Código de Processo Penal), reformando ou mantendo sua decisão. Ora, para que tal se dê, torna-se indispensável que o recorrente formule as razões pelas quais impugna a decisão. O recorrido, este sim, pode ou não oferecer resposta ao recurso. Somente se o juiz reformar o despacho (*rectius*, decisão) recorrido é que a parte contrária, agora sucumbente, poderá interpor recurso da nova decisão (se recurso houver, evidentemente), mediante simples petição, uma vez que o juiz não mais poderá voltar atrás, reformando a segunda decisão. Nesse caso, como diz a lei, independente de novos arrazoados, subirá o recurso nos próprios autos ou em traslado, conforme o caso (art. 589 c/c 583 do Código de Processo Penal).

d) Impõe-se ressaltar, ainda, que, caso o apelante pretenda valer-se da faculdade de oferecer razões perante o segundo grau de jurisdição, deverá declará-lo, de forma expressa, na petição ou no termo de interposição da apelação. Nesse ponto a lei é bastante clara, não ensejando dúvida quanto ao momento em que o apelante deverá declinar a sua intenção (art. 600 § 4º do Código de Processo Penal). Se não o fizer naquele momento processual não mais poderá pretender oferecer razões na superior instância. Opera-se a preclusão. O Pretório Excelso, em mais de um julgado, já decidiu, a meu ver com inteiro acerto, no sentido da impossibilidade da apresentação de razões no Tribunal sem que, antes, tenha o apelante, quando da interposição do recurso, manifestado seu desejo de usar daquela faculdade. No sentido do texto, incumbe anotar as seguintes decisões:

HC 60.402, DJU 10.12.82, p.12789; HC 68.072, rel. Ministro Celso de Mello, DJU 10.08.90, p. 7556, *apud Código de Processo Penal Anotado*.¹⁰ Nem por isso o apelante ficará prejudicado, uma vez que apelação, mesmo sem razões, será sempre apreciada pelo Tribunal no seu efeito devolutivo integral ou parcial, dependendo, evidentemente, da extensão dada ao recurso no momento da interposição. Se o apelo for amplo, o conhecimento do recurso pela segunda instância será total, isto é, toda a matéria julgada será devolvida ao exame do Tribunal. É o que, de comum, ocorre. Se a apelação for parcial (art. 599 do Código de Processo Penal), o conhecimento pelo segundo grau de jurisdição se limitará aos limites fixados na petição ou no termo do recurso (art. 578 c/c 599 do Código de Processo Penal). É que, como sabido, no processo penal a extensão da apelação mede-se pela petição ou termo de interposição, tendo em conta o caráter bifásico do recurso. Deve-se entender, no entanto, que se, quando da interposição, seja ela por petição seja ela mediante termo, o apelante silencia a respeito dos limites do seu recurso ele deve ser havido como amplo. A limitação, esta sim, é que deve ser declarada.

e) Sabe-se que os recursos - e não somente a apelação - no processo penal podem ser interpostos pelo próprio réu, em autodefesa, ou pelo defensor técnico, mediante petição ou ainda por termo (art. 577 c/c 578 do Código de Processo Penal). Cabe indagar se a faculdade contida no § 4º do art. 600 da lei processual básica pode ser exercitada também pelo réu, no momento em que, atuando em autodefesa, manifesta seu inconformismo com a sentença, dela apelando. O dispositivo legal alude à figura processual de apelante sem fazer qualquer distinção. Parece-me, porém, que a providência em exame deve ser reservada ao advogado do réu e não ao próprio imputado, pois, sendo este leigo, incumbe a seu defensor orientar a forma com que pretende exercer o direito de defesa, podendo, para tal fim, tão logo intimado da sentença, até mesmo por *fax message*, apelar, protestando pela apresentação de razões no Tribunal. Não seria de bom alvitre deixar-se ao réu a iniciativa de providências de caráter técnico como a do parágrafo quarto do art. 600 da lei instrumental penal.

f) Como fica a situação do defensor dativo diante do *thema* em exame?

“O Supremo Tribunal Federal tem considerado imprescindível que o defensor dativo ofereça contra-razões ao recurso do Ministério Público”, omissão capaz de acarretar a nulidade do processo a partir da ausência da contrariedade (cf. RTJ 65/ 338, HC 67.878, DJU de 02.03.90, p. 1347; RT 654/389, *apud Código de Processo Penal Anotado*.¹¹ Torna-se evidente que, igualmente, é dever legal e até ético do defensor dativo apresentar razões em favor de seu constituinte. Vale a indagação: pode ele fazer uso da faculdade a que alude o art. 600 § 4º do Código de Processo Penal? Não me parece que haja impedimento para o uso do privilégio por parte da defensoria dativa, desde que, obviamente, não deixe ela de apresentar razões perante a segunda instância. No

¹⁰ Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, pág. 414, Editora Saraiva, 1994.

¹¹ Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, pág. 414, Editora Saraiva, 1994.

Estado do Rio de Janeiro, a defensoria dativa é exercida pela Defensoria Pública, nada impedindo que a respectiva lei orgânica disponha sobre a matéria, ou que, até mesmo, por ato normativo da Procuradoria-Geral da Defensoria Pública o assunto venha a ser regulado. Porém, segundo entendo, a melhor solução técnica será a de que o Defensor Público atue nos limites das suas atribuições, interpondo e arrazoando a apelação na primeira instância, evitando sobrecarregar a Defensoria Pública que atua perante os tribunais com atribuições bem diversas. Porém, nos demais casos de defensoria dativa, isto é, nos locais onde não houver a assistência judiciária gratuita organizada, penso que não há razão para que se limite o uso da faculdade somente ao defensor constituído.

g) E o assistente de acusação pode usar a faculdade em exame?

Antes de mais nada, cabe salientar que não são poucos (entre os quais me incluo), no campo da doutrina, aqueles que consideram extinta a possibilidade do recurso do assistente, fundado no art. 598 § único do Código de Processo Penal, diante do advento da nova Constituição Federal, que, em seu art. 129, inciso I, considerou, entre outras, função institucional do Ministério Público a de promover, *privativamente*, a ação penal pública. Ora, no momento em que o Ministério Público deixa de apelar, ninguém, pela acusação, pode fazê-lo, pois o recurso nada mais seria que uma prorrogação da ação pública cuja titularidade é *exclusiva* do Ministério Público. Para um completo exame do assunto recomenda-se a leitura do cuidadoso estudo elaborado pelo culto Promotor de Justiça, Dr. Marcellus Polastri Lima, “A Assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988”.¹² Mas este não é o problema que motivou a indagação inicial, partindo da posição daqueles que consideram possível a apelação do assistente mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988. A lei, como já ficou assinalado, fala em “apelante” e o assistente (ou ainda o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente) pode apelar da sentença nos termos do art. 598 da lei instrumental penal básica. Portanto, ele também poderia valer-se da faculdade a que se refere § 4º do art. 600 do Código de Processo Penal. Tourinho¹³ não vê obstáculo para o assistente, quando apelante protestar por apresentar razões na superior instância, “sem embaraço do entendimento contrário do TJSP (RJTSP 102/392)”. Desde o momento em que a lei faz referência à figura do apelante, sem qualquer restrição, parece-me que não vedou ao assistente a possibilidade de ofertar suas razões perante o Tribunal. Porém, há um problema: a defesa do réu não pode ser obrigada a deslocar-se ao Tribunal para apresentar suas contrarrazões, desde que, evidentemente, o processo não tenha, originariamente, curso na comarca da capital. Em tal caso, penso que os autos, necessariamente, deverão voltar à comarca de origem para que o apelo

¹² Marcellus Polastri Lima, “A Assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988”, in *Livro de Estudos Jurídicos* n° 03, págs. 257/266.

¹³ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 04, pág. 301, Editora Saraiva, 1994.

seja contrariado, ressalvada, evidentemente, a possibilidade de ao advogado da defesa, *sponte sua*, deslocar-se à capital do Estado para aquele fim.

h) Em se tratando de ação privada não haverá qualquer diferença no tratamento da matéria. O apelante a invocar privilégio tanto poderá ser o querelante como o querelado, dependendo, evidentemente, da parte que sucumbir. Eventualmente, ambos poderão apelar e valer-se do benefício legal do parágrafo quarto em estudo; tal se daria em ocorrendo sucumbência recíproca. Em tal hipótese, querelante e querelado ofereceriam razões e contra-razões perante o Tribunal. Mas há um fator complicador: a Promotoria de Justiça teria que officiar no primeiro grau de jurisdição, no prazo do art. 600 § 2º do Código de Processo Penal, como *custos legis* (art. 257 da lei processual básica), independentemente do parecer ofertado pela Procuradoria de Justiça perante o Tribunal. Para tal fim, os autos teriam que retornar à Promotoria, à semelhança do que ocorre nos casos de ação pública.

São estas algumas reflexões que me ocorrem, no momento, a respeito de tão controvertido assunto. *Excusez du peu*.

O apelo contra a vontade do réu¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Pode parecer, em um primeiro exame, que a questão envolvendo o recurso de apelação contra a vontade do réu seja uma esdruxularia, de interesse puramente teórico e que, na prática, jamais encontre incidência. Nada mais equivocado. Todos os que militam no foro criminal já se depararam, um sem-número de vezes, com o problema, que, embora não se apresente de forma rotineira, ocorre com certa frequência, gerando perplexidade para o intérprete diante do tema, sem saber, na verdade, o caminho a ser tomado diante da eventual colidência de defesas. De um lado o réu, manifestando, expressamente, seu desejo de não apelar; do outro, a defesa técnica interpondo o recurso. Como resolver o impasse?

2. Duas correntes de pensamento se digladiam na solução da tormentosa questão. Tanto a doutrina como a jurisprudência se mostram divididas diante da complexa matéria processual, trazendo argumentos ponderáveis ora em favor da predominância da vontade do imputado, ora pela prevalência da atuação da defesa técnica com razões não menos respeitáveis.

3. Para os que sustentam que a vontade do réu deve, sempre, prevalecer, a titularidade do direito de recorrer pertence ao acusado e não ao defensor. Este há de ser fãmulos da vontade de seu cliente, pois, em última análise, o senhor primeiro da sua liberdade é o próprio réu e não seu advogado, que, apenas, atua no processo dando-lhe a indispensável assistência técnica sem, no entanto, poder intervir nos limites de atuação da autodefesa. Caso o advogado, por esta ou por outra qualquer razão, não concorde com a atitude processual do seu constituinte, cabe-lhe demitir-se do múnus que lhe foi confiado, renunciando ao mandato.

Argumentam, ainda, os defensores desta posição que o direito de recorrer é renunciável e que, portanto, o imputado, ao manifestar sua oposição ao apelo, está exercendo um direito que lhe é assegurado em lei, não podendo, assim, ser obstado em sua posição contrária à manifestação recursal. Com efeito, vige em nosso processo penal o princípio da voluntariedade dos recursos, tendo em conta a regra contida no Código respectivo que estabelece serem os recursos voluntários, excetuando-se os casos em que deverão ser interpostos de ofício pelo juiz (artigo 574 do CPP). Ora, se os recursos são voluntários, como admitir-se o apelo *contra* a vontade do sucumbente?

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 5, p. 172-178, jan./jun. 1997.

Em última análise, quem sucumbiu foi o próprio réu e não seu advogado, que estaria, ao apelar, tomando caminho mais realista que o próprio rei.

Esta linha de pensamento, embora nem sempre usando os mesmos argumentos aqui expendidos, tem encontrado farta aceitação no seio da doutrina e no campo da jurisprudência. Na primeira, temos a voz autorizada de Damásio para quem “o direito de recorrer pertence ao réu, não ao defensor”.² Na esteira do ensinamento daquele ilustre Procurador de Justiça e Professor de São Paulo encontra-se copiosa jurisprudência: JTACrim SP 68/374, RT 501/314, 580/290 e 614/321, RT 655/380, TAMG, A. Crim 16.084, RT 667/326³. O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 67.882, relator o Ministro Celso de Mello, orientou-se no sentido de que “tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa o defensor apelar contra a vontade do réu”⁴. Coerente com tal posicionamento, o Pretório Excelso decidiu que “se o réu pessoalmente renunciou ao direito de apelar, tendo recorrido o defensor, subindo os autos, deve o Tribunal não conhecer do recurso, não sendo de homologar a renúncia” (cf. RT 597/425 e HC 65.572, DJU, 12.02.88, p. 1381).⁵

Seguindo tal orientação sempre defendi, no exercício da Procuradoria de Justiça, quer perante o Tribunal de Alçada Criminal - RJ, quer perante o Tribunal de Justiça - RJ, em linha de preliminar, que o apelo interposto pela defesa técnica, contrariando a vontade expressa do réu no sentido de que não desejava apelar, não merecia conhecimento, eis que, em última análise, o acusado é o senhor primeiro do seu direito de liberdade bem como que o Código de Processo Penal adotou, como regra, o princípio da voluntariedade dos recursos (artigo 574 do CPP).

4. Hoje assim não penso. Meditando mais atentamente sobre a matéria, parece-me que a melhor posição é a esposada por aqueles que sustentam a prevalência da vontade da defesa técnica no caso de colidência com a manifestação do réu, devendo, em tal hipótese, ser conhecida a apelação.

Desde logo, impõe-se uma observação que deve ser feita em relação à legitimidade do defensor para recorrer. Nessa ordem de idéias, não me sabe acertada a afirmação de que a titularidade do direito de recorrer pertença *somente* ao imputado e não ao defensor. Tal colocação encontra formal desmentido na própria lei processual, pois que nela está dito, com todas as letras, que o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, *seu procurador ou seu defensor* (artigo 577 do CPP, grifos meus). Em outras palavras: tanto o réu, em defesa material, pode apelar da sentença como o seu defensor, seja ele constituído seja ele dativo. É caso de interpretação literal

² *Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

³ Referências à jurisprudência *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

⁴ Referências à jurisprudência do STF, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

⁵ Referências à jurisprudência do STF, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

da lei, que, no meu entendimento, não comporta tergiversação. Aliás, é por tal razão que o artigo 392, incisos II e III do CPP determina a intimação do réu e do defensor constituído para ciência da sentença, conforme o caso. Não teria sentido tal dispositivo caso o defensor não tivesse legitimidade para recorrer no caso de silêncio ou de recusa do réu em apelar. Para que, então, intimá-lo? Observe-se, por oportuno, que, na atualidade, a jurisprudência, ampliando os estreitos limites de lei processual, e a meu ver com inteiro acerto, consagra que, em qualquer caso, devem *sempre* ser intimados da sentença condenatória o réu e seu defensor, constituído ou dativo. Nem teria sentido manter-se a limitação contida no artigo 392 da Lei de Ritos diante do preceito constitucional da garantia da *ampla defesa* com os meios e *recursos* a ela inerentes. (artigo 5º, LV da Constituição Federal, grifos meus).

Outra afirmação que me soa temerária é a de que o direito de recorrer, sendo renunciável, não pode admitir oposição à vontade do réu quando ele afirma que não deseja apelar. É meu pensar que irrenunciável, isto sim, é o direito à liberdade, assegurado na Constituição Federal (artigo 5º, XV, LXI, LXVII e LXVIII), que, à toda evidência, há de sobrepor-se a qualquer outra limitação advinda da lei ordinária.

Merece destaque, da mesma maneira, o argumento segundo o qual o réu, como leigo, não dispõe de condições para aquilatar a extensão da renúncia ao apelo. Como um leigo pode avaliar da necessidade ou mesmo da mera conveniência a respeito da interposição de um recurso? Como? Esta, aliás, é a razão mais sufragada pela jurisprudência em favor da prevalência da vontade da defesa técnica sobre a vontade do réu. Vejam-se os seguintes julgados: A Crim 319.027, 7ª Câmb do TACrim SP, em 02.12.82 - v. u. -, RT 589/333, TJSP, A Crim 47.206, RJ, TJSP 104/467 e 468; A Crim 58.102, RT 628/305; TACrim SP, A Crim 548947, RJ, TACrim SP 2/225, TJSP A Crim 79374 e outros. Averbe-se, por sinal, que o próprio Pretório Maior já decidiu neste sentido (STF, HC 65572).⁶

Mas há outros, muitos outros, argumentos que validam o entendimento aqui defendido.

O primeiro deles reside no fato de que enquanto a autodefesa é dispensável, em seu exercício, a defesa técnica não comporta abstenção. Queira ou *não*, o réu contará sempre com a defesa do técnico em direito no processo penal. Na verdade, segundo estabelece a lei processual penal, nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (artigo 261 do CPP), complementando-se tal dispositivo pelas regras imperativas constantes dos artigos 263 a 265 c/c 564, III, “c” do mesmo Código, todas no sentido de assegurar a presença *efetiva* da defesa técnica, atuando em favor do réu. Tais mandamentos legais, de natureza processual, nada mais são que um desdobramento da norma constitucional que assegura aos acusados em

⁶ Referências à jurisprudência do STF e outros, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

geral a garantia da ampla defesa. (artigo 5º, LV da Constituição Federal). E ela não existiria sem a presença do experto em direito ao lado do imputado no decorrer de *todo* o processo. Já a autodefesa, ao contrário, pode ser dispensada desde que assim o deseje o próprio acusado. Ele pode exercê-la ou não. Dí-lo, às expensas, o artigo 186 do CPP ao garantir ao réu o direito ao silêncio. E a Constituição Federal dá ao preso o direito de permanecer calado (artigo 5º, LXIII), *assegurando-lhe*, porém, a assistência de advogado, mesmo quando ainda não instaurado o processo (artigo 5º, LXIII), onde em boa técnica, não se pode, sequer, falar em acusação mas, tão-somente, em mera indicição. Ora, se assim é, vê-se que não só a lei processual como também, e principalmente, a Constituição Federal emprestaram muito maior relevo à defesa técnica, sem dispensar, evidentemente, que, ao seu lado, figurasse a defesa material. Aliás, é de bom alvitre por em registro, que a lei processual permite até que, por ordem judicial, o réu seja retirado do recinto onde tem lugar a instrução criminal probatória, na hipótese a que alude o artigo 217 do CPP, não abrindo mão, jamais, da presença do defensor. A ressalva consta expressamente da lei processual. É mais uma evidência da prevalência que a lei emprestou à defesa técnica sobre a defesa material.

Assim pensando, vê-se que, na colidência de defesas no caso da interposição de recurso, deve prevalecer a vontade daquele que, pela interpretação sistemática da lei, mereceu, acertadamente, maior prestígio por parte do legislador.

Mas ainda há o que dizer. Ocorreria uma hipótese em que, mesmo para os sequazes da predominância da vontade do réu no sentido da não-interposição do recurso, tal ponto de vista não poderia prevalecer. Refiro-me ao caso singular do acusado menor (artigo 194 do CPP). Aqui, o curador é nomeado com o fim de suprir a relativa incapacidade do imputado, como de conhecimento vulgar. Pois bem: não teria sentido que prevalecesse a vontade do incapaz sobre a do seu curador, caso o primeiro, contrariando o segundo, manifestasse desejo de não apelar. Em ocorrendo o conflito de vontades, haveria, necessariamente, de prevalecer a vontade do curador no sentido da interposição de recurso, uma vez que o réu não teria plena capacidade para decidir e, justamente, por tal razão o curador se faz presente no processo.

Cabe, ainda, outra colocação, esta de natureza constitucional, que ratifica, sem dúvida, a posição de predominância da defesa técnica. Na realidade, estabelecendo a Lei Maior a garantia do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV), acrescenta que esta se dará “com os meios e recursos a ela inerentes”. A ilação que se pode extrair do mandamento constitucional é a de que a “ampla defesa” só se dá desde que usados os recursos que a integram. É mais um argumento em prol da validade do apelo da defesa técnica contrariando a vontade do réu.

Incumbe assinalar que o apelo em nada prejudicaria o réu, dada a vedação da *reformatio in pejus*, expressamente prevista no artigo 617, *in fine*, do CPP. Em outras palavras: por que impedir-se um recurso que só poderia, em última análise, trazer

benefício ao acusado? Portanto, ainda que se analise o *thema* no plano prático ou da mera conveniência só vantagens adviriam para o imputado com a admissão do apelo. Por que descartá-la?

Ao que foi dito há que somar-se um novo dado, extraído da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispôs sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Ao tratar da atividade da advocacia (Título I, Capítulo I), estabelece o artigo 2º, § 2º da referida lei que constitui múnus público do advogado, em processo judicial, a “postulação de decisão *favorável*” (grifo meu) ao seu constituinte. Ora, se a lei assim cuidou da matéria, acaso não haveria ilogismo em vedar-se o conhecimento de um recurso que só benefícios poderia trazer para o réu, cerceando a ação do advogado ao buscar, para seu constituinte, decisão *mais favorável* e sem qualquer risco para o acusado?

Não terminam aí as razões em favor do conhecimento do apelo em tais circunstâncias. É que, como sabido, o Ministério Público pode impetrar *habeas corpus* em favor do réu (artigo 654, *caput*, parte final do CPP). Suponha-se, à guisa de argumentação, que o réu, uma vez condenado em processo manifestadamente nulo, ao ser intimado de forma pessoal de sentença condenatória, alegasse que não desejava apelar e que a defesa técnica, por fas ou por nefas, não apelasse do decisum eivado de nulidade absoluta. Acaso tal sentença deveria subsistir? Evidentemente que não; bastava a impetração de *habeas corpus* pelo Ministério Público objetivando desconstituir o julgado nulo, que, uma vez acolhido, faria desaparecer a condenação ilegal, pouco importando a vontade do réu. Vê-se, aqui, de forma bem nítida, como o verdadeiro valor absoluto e irrenunciável é a liberdade, que não pode ser tolhida em caso algum. Queira ou não o réu.

É preciso ter em conta que o Ministério Público pode, também, apelar em favor do réu, sem necessitar de aquiescência do imputado. Impõe-se registrar que, embora a lei processual penal não contenha expressa previsão a respeito do recurso em questão, tal como ocorre, por exemplo, em relação ao *habeas corpus*, como já assinalado, o Ministério Público tem não só legitimidade como interesse em recorrer contra a sentença condenatória ilegal ou injusta. Assim já se manifestou o Pretório Excelso em mais de uma oportunidade (RECrIm 86.088, DJU, 18.02.77, p. 9037 e RECrIm 91.836, DJU, 12.12.80, p. 10582). Esta, por sinal, era a orientação seguida pelo saudoso Ministro Cordeiro Guerra (RT 547/441 e 442).⁷ Aliás, merece reparo a expressão “recurso em benefício do réu”, pois, na verdade, o Ministério Público não apela em favor do acusado, mas sim no sentido de ver realizada a justiça, objetivo maior da Instituição. Surge, assim, de maneira insofismável, que, quando em jogo direitos indisponíveis (dentre os quais a liberdade ocupa o primeiro plano), a vontade do réu não conta.

Mas ainda há o que dizer em relação ao assunto. No caso de concurso de agentes, a decisão de recurso interposto por um dos réus, se fundada em motivos que não sejam

⁷ Referências à jurisprudência do STF e outros, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 401, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros. É caso de mera extensão do julgado (artigo 580 do CPP). Avente-se a seguinte hipótese: em determinado feito criminal são condenados dois réus, que agiram em concurso. Um deles apela sustentando, por exemplo, a atipicidade do fato. Já o outro, não importa o motivo, manifesta vontade de não apelar. O Tribunal, conhecendo do recurso, caso acolha as razões do apelante de que o fato não constitui infração penal, fará estender ao co-réu que não apelou os efeitos da decisão, pouco importando tenha o outro imputado concordado com a condenação ilegal. É mais um argumento a demonstrar como é de pouca valia a vontade do réu em face de dois valores indisponíveis: o da liberdade e o da realização de justiça.

É por tal razão, aliás, que os tribunais podem conceder *habeas corpus* de ofício quando verificarem, no curso do processo, que alguém sofre ou se encontra na iminência de sofrer constrangimento ilegal (artigo 654, § 2º do CPP), pouco valendo a vontade do acusado. O Supremo Tribunal Federal, por sinal, já admitiu a admissibilidade de extensão do julgado a que se refere o artigo 580 do CPP até mesmo pela via angusta do *habeas corpus* (RTJ 101/127)⁸, que, como sabido, pode ser impetrado por qualquer pessoa em favor do réu, contando ou não com a sua aquiescência.

A doutrina, ao examinar o tema, igualmente, também já manifestou entendimento no sentido da posição aqui assumida no caso em que a autodefesa e a defesa técnica sigam linhas antagônicas. Registre-se o ensinamento: “divergência entre a posição do acusado e a do defensor também pode ocorrer quando o primeiro, intimado da sentença”, alega que não deseja apelar, vindo, ao empós, o defensor a recorrer, quando, por sua vez, intimado. Nesses casos, entende-se deve prevalecer a posição da defesa técnica, mais benéfica ao réu...

O não-conhecimento do recurso, nesta hipótese, acarreta nulidade.⁹

Portanto, sempre que não for possível obter-se a desejável interação da autodefesa com a defesa técnica em matéria de interposição do apelo, há que prevalecer o caminho traçado pelo *expert* em favor do recurso, sem dúvida mais benéfico ao réu, bem como por atender ele, dentro da melhor técnica, aos princípios que tutelam o direito de defesa no campo da lei processual penal e, principalmente, perante a Constituição Federal.

Seria de todo conveniente, para evitar o desencontro, que os Tribunais superiores estabeleçam ato normativo (Provimento) recomendando aos juízes do primeiro grau de jurisdição que, quando possível, a intimação da sentença condenatória para o réu se desse na presença do seu advogado. É certo que a providência, sem dúvida salutar, não impediria a eventual divergência quanto à interposição do apelo, mas serviria, não há negar, para tornar menos freqüente a colidência de defesas.

⁸ Referências à jurisprudência do STF e outros, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 384, Editora Saraiva, 11ª edição, 1994.

⁹ *As nulidades do Processo Penal*, Ada Pelegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, pág. 79, Malheiros Editores, 4ª Edição.

O recurso do assistente do Ministério Público¹⁻²⁻³

Sergio Demoro Hamilton

1. Quando do advento da Constituição Federal de 1988, o processo penal brasileiro restou afetado por uma série de inovações, pois muitas das normas contidas no vetusto diploma legal do anos 40 não se viram recepcionadas em face da nova ordem constitucional. Vários daqueles preceitos derogados pela *Lex Maxima* já foram objeto de análise em estudos anteriores que tive a oportunidade de realizar, voltados, especialmente, para o exame do tema.

2. Agora, é chegada a hora de debruçar-me sobre um novo assunto de natureza processual, igualmente, segundo penso, atingido pela Carta Magna de 88. Nem tão novo ele é, pois, sobre o mesmo, já opinara há mais de dez anos, pouco tempo após a entrada em vigor da atual Constituição. É certo que o fizera no âmbito estrito do parecer criminal, em linha de preliminar, manifestando opinamento em casos concretos que me vieram para exame no exercício da Procuradoria de Justiça perante a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, órgão de atuação onde sou lotado. Ali, como é natural, em razão do volume de serviço, a matéria não poderia ser versada *ex professo*, limitando-me, na oportunidade, a alinhar algumas idéias básicas que serviriam de norte para a apreciação da *quaestio* pelo Judiciário. Estou a referir-me ao recurso do assistente de acusação ou do ofendido (ou, ainda, qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 do CPP) ainda que não se tenha habilitado como assistente do Ministério Público (art. 598 e parágrafo único do CPP), manifestação recursal que, no meu entendimento, não mais subsiste diante da nova ordem jurídica ditada pela Carta Constitucional de 1988.

3. A colocação temática da matéria reside, basicamente, na idéia de que, na atualidade, compete, *privativamente*, ao Ministério Público promover a ação penal pública (art. 129, I, da CF). Ora, ao recorrer, o assistente está, sem dúvida, realizando ato de promoção da ação penal pública, uma vez que a ação e o processo de declaração ficam prorrogados em função do recurso interposto. Dessa maneira, não tendo havido recurso por parte do Ministério Público, a ação penal não pode ter seguimento diante da falta de qualidade do assistente (ou, por igual razão, do ofendido ou de uma das pessoas enumeradas no art. 31, do CPP, quando for o caso).

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 20, p. 195-212, jul./dez. 2004.

² Inverno do ano 2000.

³ *Vide* Seção de Jurisprudência.

Em havendo recurso, impõe-se o seu não-conhecimento, pois a apelação (e não somente ela) estaria prorrogando a ação penal. Em consequência do exposto, *somente* o Ministério Público pode dar seguimento ao processo, mediante apelo. Caso ele não o faça, opera-se a coisa julgada para a acusação. *Tollitur quaestio!*

A única exceção ao preceito estatuído no art. 129, I da CF é ditada pela própria Constituição, no art. 5º, LIX, ao admitir a chamada ação privada subsidiária da pública nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal. É curial que a Constituição pode excepcionar a si mesma e foi, justamente, o que ela fez neste último dispositivo.

É importante anotar que o legislador constitucional acenou, com esta derradeira medida, que, *somente* no caso de inércia do *Parquet* é que o particular estaria autorizado a praticar atos de promoção da ação penal, em razão da necessária observância do princípio da *obrigatoriedade* da ação penal.

O recurso, ao revés, obedece a outros critérios. Como sabido, em regra, eles são *voluntários* (art. 574 do CPP). O princípio que neles vigora repousa na voluntariedade, pois a parte não está obrigada a recorrer, tendo, apenas, o ônus de fazê-lo. Ao contrário, o Ministério Público, por força do princípio da legalidade, não pode deixar de agir, decorrendo daí que, diante da sua inércia, o particular legitimado para atuar pode promover a queixa subsidiária. Esta a única exceção contemplada na *Lex Legum* ao preceito firmado no art. 129, I da Constituição Federal.

4. Toda a construção doutrinária em torno do assunto partiu da colocação que, há muito, fiz ao considerar o recurso como ação, melhor dizendo, como um prolongamento do direito de ação, o que, ontologicamente, vem a significar a mesma coisa.

É na análise do delicado tema que passarei a ocupar-me no presente tópico.

ELIÉZER ROSA, no seu precioso *Dicionário*, fere, sem reбуços, a matéria, ao deixar claro ser “o recurso um prolongamento do direito de ação, um prosseguimento do processo de declaração”...⁴.

Do mesmo sentir é o pensamento de LEONE, ao registrar que “*l'azione penale, pertanto, vista come attività o complesso di attività, percorre una strada che coincide con quella percorra dal rapporto processuale: esa inizia quando inizia il rapporto processuale (v. oltre cap. III) e si conclude com la sentenza irrevocabile. La cosa giudicata, – la sentenza cioè irrevocabile – se porge como causa (ed unica causa) di estinzione dell'azione penale (Rocco Arturo).*”⁵

Portanto, a ação penal, no entendimento do mestre peninsular, terminaria com a coisa julgada, que pode ou não ocorrer com a sentença de primeiro grau de jurisdição ou estender-se a outras instâncias. É bom assinalar que o vocábulo instância é, aqui,

⁴ ELIÉZER ROSA, *Dicionário de Processo Penal*, p. 69, Editora Rio, 1975.

⁵ GIOVANNI LEONE, *Lineamenti di Diritto Processuale Penale - Seconda Edizione*, p. 28, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1951.

usado em compasso com o jargão forense, muito embora em boa técnica processual a palavra instância não possa ser usada como sinônimo de grau de jurisdição, tanto que o réu não precisa ser citado novamente quando da interposição da apelação pelo Ministério Público.⁶

JOÃO MENDES⁷, sem dúvida o grande precursor dos estudos de processo nos albores do século XX, define recurso em sentido amplo como sendo a “iteração ou a reiteração da instância”. Na primeira hipótese “é a instância em alguns atos da *ação*”, ao passo que no segundo caso haveria a “insistência em *toda a ação*” (grifos meus). E prossegue: “quando, porém, *a ação* que já tem sentença no primeiro grau de jurisdição é insistida em Juízo superior”... (destaque meu). Adverte, ainda, que “o recurso sempre importa numa iteração ou uma reiteração da instância”.

Nessa ordem de idéias, o processo tem início através da ação, valendo notar que esta se prolonga até o advento da coisa julgada ou do aresto⁸.

Se recurso, como ensina COUTURE⁹, significa, literalmente, a volta ao ponto de partida, não resta a menor dúvida que, através dele, a ação encontra seguimento ou, como queiram, prosseguimento.

Temos, *apertis verbis*, que a ação faz nascer o processo, prorrogando-se ela e a instância no segundo grau de jurisdição, quando da interposição do apelo¹⁰.

As posições doutrinárias acima referidas (nº 4, *supra*), da maior respeitabilidade, bem demonstram a procedência, ou, pelo menos, a plausibilidade dos motivos que me levaram a suscitar a discussão perante o nosso Tribunal de Justiça.

5. Convém destacar que, justamente, por ser um prolongamento do direito de ação, é que o Ministério Público não pode desistir do recurso que haja interposto, tal como dispõe o art. 576 do CPP. O preceito em tela guarda compasso com aquele outro indicado no art. 42 do mesmo Código, que veda ao Ministério Público desistir da ação, conhecido, em sede doutrinária, como princípio da indisponibilidade da ação.

⁶ JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, p. 365, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro-São Paulo, 1960.

⁷ JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, pp. 365/366 e 383, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro-São Paulo, 1960.

⁸ A palavra aresto já era usada pelos praxistas reinícolas, não, porém, nos textos das Ordenações ou das leis extravagantes. Até hoje é empregada de forma imprecisa como sinônimo de acórdão e não como “caso julgado”. Na verdade, chamam-se arestos “as decisões judiciais, não suscetíveis de reforma, proferidas, em forma de julgamento definitivo, pelos tribunais superiores”. Para um estudo detalhado do vocábulo, recomenda-se a leitura de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *in op. cit.* nos nºs 3 e 4, destas notas, nas pp. 442, 443 e seguintes.

⁹ EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición* (póstuma), p. 340, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.

¹⁰ Deve-se a MACHADO GUIMARÃES a proposta de substituir o conceito de instância pelo de relação processual (Cf. *A instância e a relação processual in* nº 06 dessas notas, p. 170). Sem dúvida, a indicação do saudoso processualista muito contribuiu para afastar o uso indevido da palavra instância como sinônimo de grau de jurisdição.

É certo que, ao levar a matéria ao julgamento da 3ª Câmara Criminal, quando do julgamento do recurso criminal *ex officio* nº 38/92, aquele colegiado *não conheceu* do recurso, incorporando o parecer da Procuradoria de Justiça ao acórdão. A decisão foi unânime.

Naquela oportunidade, os argumentos usados pelo *Parquet* foram os *mesmos* adotados por ocasião do julgamento da apelação criminal de nº 114/90, (entre outras), apreciada por aquela *mesma* Câmara Criminal, com a diferença, apenas, de que, naquele apelo, se tratava de manifestação recursal de ofendido não habilitado como assistente.

Ao opinar pelo não-conhecimento do recurso *ex officio* nº 38/92, salientei:

“(omissis)

Tenho para mim que ele (recurso de ofício) não mais subsiste em nosso direito processual penal. O art. 129, inciso I da Constituição Federal extinguiu o recurso de ofício. Quando do exame do recurso do assistente de acusação na hipótese contemplada no art. 598, § único do CPP, por mais de uma vez, já sustentei perante essa Câmara que recurso é ação e se a ação pública é *privativa* do Ministério Público não mais pode subsistir aquele recurso e, por via de consequência, o recurso de ofício”

E, na oportunidade, acrescentava:

“(omissis)

Somente o Ministério Público pode, mediante recurso, prorrogar a ação penal pública. Se ele não o fez, não pode o juiz proceder de ofício sob pena de violar o princípio *ne procedat iudex ex officio*. Seria caso de ‘jurisdição sem ação’, para invocar a célebre expressão de CARNELUTTI.”

Ressalte-se, no campo das decisões de primeiro grau, a excelente colocação feita em relação ao apelo do art. 598, parágrafo único, do CPP, pelo culto Juiz de Direito, Dr. *Ronaldo Leite Pedrosa*, igualmente voltada no sentido da abolição da providência recursal em face da nova ordem constitucional (referência feita no mandado de segurança de nº 32/99, da Seção Criminal do TJRJ).

6. Um dos argumentos ventilados, em sede de jurisprudência, para opor-se ao posicionamento aqui defendido, decorre da afirmação de que “o sistema processual penal não conhece caso de supressão do segundo grau de jurisdição”, conforme afirmou a douta Desembargadora *Telma Musse Diuana*, sem favor uma das mais eminentes juízas

de nosso tribunal, relatora do mandado de segurança nº 32/99, julgado perante a Seção Criminal de nosso Tribunal, e, ali, acolhido por unanimidade.

Permito-me, com todas as vênias, dissentir de tal entendimento, ao argumento de que, nos casos de competência originária dos tribunais, não há falar em duplo grau de jurisdição. Assim, à guisa de exemplo, se um Promotor de Justiça ou um Juiz de Direito comete um crime, o julgamento dos mesmos se dará perante o Tribunal, mediante ação penal proposta diretamente ao Pleno (ou Órgão Especial), sem que haja possibilidade de duplo grau. Os únicos recursos cabíveis serão o especial e o extraordinário, sujeitos, porém, a juízo de admissibilidade peculiar.

Na hipótese do recurso do assistente, como ocorre com a ação penal originária, foi a própria Constituição Federal que excepcionou a dualidade de jurisdição, diante dos termos peremptórios constantes do art. 129, inciso I.

Aliás, no campo puramente processual, nosso Código prevê casos em que ao próprio órgão prolator da decisão recorrida incumbirá o reexame da matéria. É o que se dá, por exemplo, com os embargos declaratórios e com o protesto por novo júri, como observa TOURINHO¹¹.

Portanto, não se pode afirmar, qual um dogma de fé, que o princípio do duplo grau de jurisdição não admite exceção em nosso direito, como salientado no acórdão em comento.

7. Um argumento, sem sombra de dúvida, sedutor é aquele em que se poria a situação do réu condenado que busca, em apelo, a sua absolvição. Como seria possível prorrogar a ação pública se o Ministério Público, que não sucumbiu, não iria, evidentemente, recorrer?

O argumento prova demais e, por tal razão, *nada* prova. Em tal caso, sobreleva o princípio do *favor libertatis*, que exclui a vedação constitucional do art. 129, I. Em ocorrendo a hipótese, a ação penal é liberatória como, à semelhança, ocorre com o *habeas corpus*, e não condenatória, como acontece quando o recurso provém do assistente. Torna-se, na oportunidade, indispensável afirmar que, entre a prevalência do *ius libertatis* do réu e a prorrogação da ação penal pública pelo imputado, há de sobrepor-se aquele primeiro valor, por mera aplicação do princípio da proporcionalidade.

8. Impõe-se, agora, o exame de outros atos de promoção da ação penal por parte do assistente, que, no meu entendimento, da mesma forma, não mais podem subsistir diante da nova ordem constitucional. Deles não me ocupei, diante de casos concretos, quando chamado a opinar em pareceres, por falta de oportunidade. É que, sempre, me deparava em face de apelações interpostas pelo assistente (ou ofendido, não habilitado como tal) ou, ainda, diante de recursos de ofício.

¹¹ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, vol. IV, p. 297, 1998, Editora Saraiva, 20ª edição.

Estou a referir-me às duas hipóteses cogitadas no art. 581, inciso VIII do CPP, diante do que preceitua o art. 584, §1º do diploma processual penal. Trata-se do recurso interposto pelo assistente contra a decisão processual de impronúncia ou, ainda, quando ele interpõe recurso no sentido estrito da decisão que julga extinta a punibilidade. Nos dois casos, e pelas mesmas razões, entendo que se o Ministério Público não manifestar recurso, o assistente não mais poderá fazê-lo, pois ambos importam em promover a ação penal pública com eventuais resultados prejudiciais para o imputado.

Sem cogitar, expressamente, a respeito dos dispositivos legais acima referidos, o culto Promotor de Justiça, MARCELLUS POLASTRI LIMA¹² vai mais longe, salientando a impossibilidade do assistente exercer quaisquer atos de promoção no processo penal. Para o ilustre processualista, o instituto da assistência ao Ministério Público foi, na verdade, ab-rogado.

Salienta, ainda, aquele ilustre colega do Ministério Público fluminense que “apesar da lógica e evidência do raciocínio, a resistência ao reconhecimento da revogação do instituto da assistência é grande, sobretudo em vista dos interesses que atinge, sendo, por outro lado, natural o apego dos Tribunais a conceitos antigos em vista do arraigado tradicionalismo”¹³.

Aproveito o *link* da observação feita por POLASTRI, para salientar a plena consciência, que sempre tive, da impopularidade da tese por dupla razão. A primeira pelo fato de que ela, uma vez aceita, importa numa limitação ao direito de recorrer. Sabemos todos como o processo penal é pródigo em matéria de recursos. Há recurso contra tudo. Há recurso para tudo. Inimaginável, pois, seria tolher o mais genuíno dos recursos: o apelo. A segunda, por atingir, ainda que por via reflexa, a nobre classe dos advogados, na medida em que deles retira uma possibilidade de exercício do seu nobre mister.

9. Na jurisprudência, no entanto, notam-se alguns julgados que subscreveram o entendimento aqui defendido, valendo o registro, entre outros: TARS, RT 659/305-6, TACrim-SP, RT 677/374 e TJMG, RT 698/384.¹⁴

Tive, igualmente, o cuidado de mostrar algumas posições doutrinárias que abraçam a colocação do tema tal como defendido nestas linhas (4, *supra*), buscando demonstrar que toda a construção teórica decorreu de profunda meditação e de longo amadurecimento sobre a matéria, muito embora, como já ressaltado (2, *supra*), versada de forma singela no âmbito angusto de um parecer criminal.

¹² MARCELLUS POLASTRI LIMA, *Ministério Público e Persecução Criminal*, p. 134, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998. Observe-se que o ilustre Professor entende “que o instituto da assistência ao Ministério Público foi revogado”, inadmitindo a sua presença, sequer, para os fins a que alude o art. 271 do CPP.

¹³ MARCELLUS POLASTRI LIMA, *Ministério Público e Persecução Criminal*, p. 134, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

¹⁴ Referências à jurisprudência *apud* MARCELLUS POLASTRI LIMA, *Ministério Público e Persecução Criminal*, p. 134, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

Passo, agora, a enriquecer o estudo com outras opiniões, igualmente fundamentais, para a perfeita compreensão do assunto.

GIOVANNI LEONE, acima referido, em longa passagem (4, *supra*), como ficou visto, conceitua o recurso, no campo do Processo Penal, como espécie do direito de ação, como categoria das ações constitutivas¹⁵. Do mesmo sentir é a palavra de EMÍLIO BETTI, este voltado, especificamente, para o Processo Civil, para quem o recurso é uma modalidade do direito de ação¹⁶.

Na doutrina nacional, outras vozes, igualmente respeitáveis, além das já mencionadas (4 e 8, *supra*), sustentam, da mesma forma, com maior ou menor amplitude, o ponto de vista aqui defendido em tantos pareceres criminais, desde o momento em que passou a vigorar a nova ordem constitucional, ao findar da década de 80.

Ressalte-se, entre outros, o trabalho do Promotor de Justiça-RS, Dr. LENIO LUIZ STRECK¹⁷, de 1993, onde se afirma a inconstitucionalidade da figura do assistente de acusação diante dos termos da Constituição Federal de 1988, embora adotando argumentos que se afastam um pouco da linha de raciocínio seguida no presente trabalho.

Sustenta ele, porém, que, sendo privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública (art. 129, I, da CF), “derrogado está o Código de Processo Penal no que tange aos dispositivos atinentes à assistência ao *Parquet*”. Posteriormente, o mesmo autor veio a cogitar do mesmo tema, imprimindo-lhe maior desenvolvimento, em tese defendida por ocasião do IX Congresso do Ministério Público de Salvador¹⁸.

No aludido Congresso, impõe-se destacar, igualmente, a tese apresentada pelo Procurador de Justiça GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA e outros¹⁹ onde se sustentou a inocorrência de respaldo legal para vigência do recurso *ex officio*, diante da inovação constitucional, pois impulsionado por quem não foi parte na relação processual.

Ainda no campo da doutrina nacional, cumpre pôr em relevo a opinião abalizada de ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii* que, ao versarem a respeito dos requisitos de admissibilidade dos recursos, ensinam:

¹⁵ GIOVANNI LEONE, in *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, p. 471, 1956.

¹⁶ EMÍLIO BETTI, in *Diritto Processuale Civile Italiano*, p. 638, 1936, *apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES, in *Elementos de Direito Processual Penal*, volume IV, p.181, 1997, Bookseller, Campinas, SP., obra atualizada pelo Dr. Victor Hugo Machado da Silveira.

¹⁷ LENIO LUIZ STRECK, in *Tribunal do Júri, Símbolos e Rituais*, p. 132 a 134, Livraria do Advogado, 1993.

¹⁸ LENIO LUIZ STRECK, tese: “A Inconstitucionalidade do Assistente de Acusação no Processo Penal em face da Constituição de 1988”, IX Congresso do Ministério Público, Salvador, 1992, Livro de Teses, Tomo II.

¹⁹ GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA, WILSON BRANDÃO CURADO, MARINA DA SILVA SIQUEIRA, GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA FILHO e SARAH SIQUEIRA DE MIRANDA; tese: “Ação Penal Pública à Luz da Nova Constituição. Titularidade. Reflexos na Atividade Persecutória”, IX Congresso do Ministério Público, Salvador, 1992, Livro de Teses, Tomo II.

“Mas esse modelo (classificação tradicional) não leva em consideração a verdadeira natureza do direito de recorrer, que nada mais é do que uma modalidade do direito de ação e de defesa, enquadrado na tutela constitucional do *devido processo legal*.”²⁰ (destaques meus)

10. Não gostaria de encerrar estas despretensiosas anotações sem deixar bem clara a minha posição a respeito do *thema*, que, a rigor, se afasta, em alguns pontos, de algumas opiniões assumidas na discussão do assunto.

Para tanto, faz-se mister breve exame a respeito da natureza jurídica da figura processual do assistente de acusação.

No meu entendimento, o assistente não é parte. E não é parte, justamente, porque ele não pede; quem pede é o Ministério Público. Por tal motivo, com a devida vênia, parecem-me equivocadas certas posições que a ele se referem como parte adjunta ou, ainda, parte secundária. Da mesma forma, não pode ser visto como litisconsorte, “porque sua intervenção não importa em cumulação subjetiva de lides”²¹.

Na verdade, ele atua no processo *ad coadjuvandum*, com poderes restritos, e somente pode intervir nos casos em que a lei expressamente autorizar. As hipóteses de sua intervenção vêm delineadas no art. 271 do CPP, agora com as limitações advindas da Constituição Federal de 1988. É bom assinalar, neste ponto, que, segundo penso, a atividade permitida ao assistente pelo art. 271 do CPP deve ser vinculada aos exatos termos da lei, não se admitindo interpretação extensiva ao referido dispositivo legal. Trata-se de norma excepcional, de *jus singulare*, não permitindo alargamento. Some-se a isto as restrições decorrentes da Carta Política de 88, vedando os recursos, como já registrado. Também ser-lhe-á proibido aditar o libelo, pois tal providência importaria em ato de promoção da ação penal.

No mais, o assistente poderá atuar, desde que restrito às atividades, de *numerus clausus*, inseridas no art. 271 do CPP.

Dessa maneira, ao contrário de outros ilustres autores que se ocuparam da matéria, vejo, apenas, diminuída a atuação do assistente do Ministério Público no processo penal após 1988. Ela, porém, ainda sobrevive de forma mitigada.

Portanto, minha posição doutrinária é de restrição, mas não de exclusão daquela figura processual.

²⁰ ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, in *Recursos no Processo Penal*, p. 73, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 3ª tiragem, 1999. Os autores em questão chegam, mesmo, a estabelecer um paralelo entre as condições da ação e as condições dos recursos, vendo estes como um desdobramento do próprio direito de ação.

²¹ ELIÉZER ROSA, in *Dicionário de Processo Penal*, p. 64, Editora Rio, 1975.

Releva observar que, embora não seja parte, o assistente, até 1988, assumia, em caráter excepcional e de forma extraordinária, tal posição quando, *per se*, promovia a ação penal nos casos dos arts. 598 e 584, § 1º da Lei de Ritos. Aliás, como bem indicado no próprio art. 598, ainda que não habilitado como assistente, o ofendido (ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31) podia recorrer, assumindo a inequívoca posição de promotor da ação penal pública em lugar do Ministério Público, atividade que, agora, foi vedada pela Lei Maior.

Era, sem dúvida, uma situação processual singular, para o processo penal, pois, não sendo parte na lide, e, pois, não sucumbindo, podia recorrer, passando, a partir daí, a atuar como parte.

Qual seria, então, a natureza jurídica do assistente?

Devo ao saber de ELIEZER ROSA²² a melhor conceituação a respeito do assunto. Entende aquele douto processualista ser o assistente “modalidade de intervenção de terceiro na causa”. Ao conceito acrescento: terceiro que, na atualidade, mais que nunca, só pode intervir nos estreitos limites delineados ao longo da presente exposição.

11. Perdoe-me o paciente leitor se me estendi além do desejável em matéria árida, que nem sempre tem merecido a devida meditação.

Ao escrever estas singelas observações, tive em mente a advertência do Ministro *Carlos Velloso*²³, do Supremo Tribunal Federal, voltada para os juízes e para os obreiros da doutrina. Segundo afirma aquele nobre magistrado da nossa mais elevada corte de justiça, não podem...

“o juiz e os doutrinadores aferrarem-se a conceitos antigos, que, para as questões antigas, prestaram grande serviço, mas que, agora, necessitam de formulações inovadoras. Esperam-se, de juízes e doutrinadores, posturas e idéias despreconceituosas, que possam fazer vingar a Constituição de 1988, a Constituição do povo brasileiro”.

²² ELIÉZER ROSA, in *Dicionário de Processo Penal*, p. 634, Editora Rio, 1975.

²³ *Carlos Velloso* (1990. p. 63), apud LENIO LUIZ STRECK, in *Tribunal do Júri, Símbolos e Rituais*, p. 134, Livraria do Advogado, 1993.

A viabilidade do recurso adesivo no Processo Penal¹

Sergio Demoro Hamilton

1. As leis que regem o processo penal, a começar pela própria lei básica, o Código de Processo Penal, são pródigas em recursos de toda a espécie. Há recurso contra tudo; há recurso para tudo. Em outra oportunidade, tive a ocasião de externar toda a minha perplexidade diante de alguns excessos, como, *v.g.*, o “Protesto por Novo Júri”, esdrúxula manifestação recursal, originária do Código de Processo Criminal do Império de 1832 (art. 302), por razões que, talvez, na época se justificassem, e que, de forma absurda, subsiste, ainda hoje, em nosso ordenamento processual, como verdadeira teratologia.²

Causa estranheza, por tal razão, que o legislador, nas sucessivas leis que vêm alterando a fisionomia no nosso processo penal, não houvesse cogitado da introdução do recurso adesivo no campo processual penal, presente, entre nós, no Código de Processo Civil, desde 1973, pois ele, ao contrário de outras manifestações recursais, parece-me providência prática e útil.

2. É evidente que sua aplicação, ao contrário do que ocorre no processo civil, só teria incidência quando interposto *pro reo*, não beneficiando ambas as partes.

Torna-se inconcebível pudessem o Ministério Público, o querelante ou, ainda, o assistente, habilitado ou não (art. 598 do CPP) dele fazer uso, pois, se assim agissem, o princípio da impossibilidade da *reformatio in pejus* estaria atingido de forma reflexa, além do que, não há dúvida, iriam tolher o réu quando da interposição de eventual recurso, temeroso que a ele “aderissem” o *Parquet*, o querelante ou o assistente, conforme o caso.

Sabe-se que, por força do disposto no art. 617 do Código de Processo Penal, sendo o recurso exclusivo do réu, o Tribunal não pode agravar-lhe a situação processual, pois estaria exercendo jurisdição sem ação. Já em relação ao recurso do Ministério Público, a situação é completamente diversa, pois nada impede a *reformatio in mellius*, mesmo que não tenha havido a interposição de recurso por parte da defesa. Ela decorre do princípio do *favor rei*.

Tal colocação processual, de certa forma, explica o compreensível descaso pela regulação do recurso incidental no campo penal.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 13, p. 255-262, jan./jun., 2001.

² As críticas e as soluções aventadas em relação ao “Protesto por Novo Júri” podem ser vistas no trabalho intitulado “A reforma do Processo Penal”, de minha autoria, in *Ensaio Jurídico*, nº 06, pp. 102/123, IBAJ, Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1998, 1ª edição.

Porém, segundo entendo, mesmo assim, ele não perderia o seu valor, pois, embora viesse a ter diminuta incidência, ensinaria ao Tribunal apreciar, desde logo, as razões que o réu teria a aduzir na tentativa de melhorar a sua situação processual.

Por outro lado, se, no campo da doutrina, a *reformatio in mellius*, em recurso exclusivo da acusação, é mais ou menos pacífica, o mesmo não se pode dizer em relação ao assunto no seio da jurisprudência de nossos tribunais superiores.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, por ocasião do julgamento do Recurso Criminal de nº 108.449-SP, relator o Sr. Ministro *Moreira Alves*, que ofende o art. 574 do Código de Processo Penal a decisão que, na ausência de recurso do réu, se serve do da acusação para minorar a pena.

No mesmo diapasão, situa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado em recente decisão, na oportunidade do julgamento do Recurso Especial de nº 168.554-RJ, relator o Sr. Ministro *Hamilton Carvalhido*. No julgado em tela, restou assinalada a impossibilidade da *reformatio in mellius* em recurso exclusivo do Ministério Público, por violar o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* e constituir rematada violação à coisa julgada (6ª Turma, unânime). No referido aresto, há, também, referência expressa à posição tranqüila do Pretório Excelso, no mesmo sentido, com alusão, inclusive, ao julgamento acima objeto de menção.

Tal corrente jurisprudencial, originária dos dois mais importantes Tribunais do País, vem reforçar o entendimento segundo o qual o recurso adesivo melhor resguardaria a posição do réu no processo, com a vantagem de, desde logo, encontrar julgamento, juntamente com o recurso principal interposto pela acusação.

Para melhor esclarecimento, ponho um exemplo: suponha-se que o réu tenha sido condenado e, por qualquer razão, não se tenha insurgido, mediante apelo, contra a sentença. O Ministério Público, no entanto, manifesta recurso buscando exasperar a pena do acusado. Em tal caso, parece-me, deveria ter o imputado direito ao recurso adesivo. Note-se que, no exemplo dado, o Ministério Público não sucumbiu, pois se viu vencedor na causa. Porém, assim mesmo, guarda interesse em recorrer (ver a pena majorada), conforme bem preceitua o parágrafo único do art. 577 do CPP. Já o réu, que sucumbiu e não apresentou apelação independente contra a sentença, poderia, agora, através do recurso adesivo, pugnar não só pelo improvimento do apelo do *Parquet* mas também pela reforma total ou parcial do *decisum*, buscando, no primeiro caso, a absolvição ou, quando menos, a redução da sanção penal.

É neste ponto que o apelo adesivo penal se distinguiria daqueloutro do processo civil. Neste, haveria a chamada sucumbência recíproca, propiciando o adesivo, ao passo que, no penal, somente quando o réu sucumbisse (ou tivesse interesse em recorrer) é que o adesivo teria lugar. Na hipótese acima formulada, o imputado, não interessa o motivo, restara conformado com a condenação. Porém, no momento em que o Ministério Público apela, a despeito de já haver decorrido o seu prazo para recorrer (preclusão temporal),

o réu sai da sua inércia e de mero recorrido passa, também, a recorrente, objetivando melhorar a sua situação no processo, fato que, no estágio atual do nosso direito positivo, se tornaria irremediável.

3. É conhecida a crítica feita à expressão “recurso adesivo”, adotada no art. 500 do CPC, usada para distingui-lo do recurso principal.

Na verdade, o recorrente não “adere” ao recurso principal; muito pelo contrário, a ele se contrapõe. Com efeito, o verbo aderir significa manifestar adesão, ao passo que o substantivo adesão indica assentimento, anuência, aprovação. Já o adjetivo adesivo reflete aquele ou aquilo que adere.³ Ora, o recorrente, na realidade, pretende obter, com o adesivo, exatamente o contrário do que se sustenta no recurso principal, pois, ao interpor seu recurso, persegue objetivo diametralmente oposto ao de seu contendor.⁴

Como a terminologia já vem consagrada no processo civil e na própria praxe forense, por mera questão prática, ela poderia ser aproveitada no campo penal, embora uma concepção mais ortodoxa apontasse a designação “recurso contraposto”, “recurso subordinado” ou, ainda, “recurso incidental”, pois melhor traduziria a idéia de confronto e de oposição que a manifestação recursal, em tal caso, traz ínsita em seu âmago.

4. Uma das críticas que se poderia fazer ao recurso adesivo seria a de que ele atentaria contra o princípio da igualdade das partes, dando ao réu a possibilidade de mais um recurso em detrimento da acusação. Sabe-se, no entanto, que a igualdade das partes no campo do processo penal sofre séria mitigação em homenagem ao princípio do *favor libertatis*. Com efeito, muitos são os privilégios da defesa em matéria recursal, alguns deles até merecedores de crítica, pois muito contribuem para enfraquecer a repressão penal. É o caso, por exemplo, do “Protesto por Novo Júri”, dos embargos infringentes e de nulidade e da revisão criminal (tratada no código como recurso), todas providências recursais privativas da defesa, sem contar com inúmeras outras passagens da lei processual penal em que somente o réu se vê beneficiado.⁵

Mais consentâneo com o princípio do *favor libertatis* seria, sem dúvida, a adoção do recurso adesivo que, inclusive, encontraria deslinde, desde logo, quando do julgamento do recurso principal.

TOURINHO, dos poucos autores que aludem ao *thema* no campo penal, verbera a medida, salientando:

³ AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, in *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 36, Editora Nova Fronteira, 1975.

⁴ Para um estudo detalhado a respeito da questão terminológica envolvendo o recurso adesivo, o verbo aderir e demais palavras cognatas, veja-se JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, nos seus Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V (arts. 476 a 565), pp. 249 a 251, Forense, Rio-São Paulo. Ali, o leitor encontrará rica referência à doutrina e à legislação estrangeiras (italiana, portuguesa e alemã), bem como as observações feitas, na doutrina brasileira, por JOSÉ AFONSO DA SILVA a respeito do *thema*.

⁵ Sobre a matéria, tratada com maior amplitude, veja-se o estudo de minha autoria “A Vassalagem ao Direito de Defesa”, pp. 112 usque 134, in *Doutrina*, n° 04, 1997.

“No Processo Penal brasileiro não existe essa figura recursal, também denominada apelo incidental, mesmo porque neutralizaria o princípio da *reformatio in pejus*, uma das conseqüências do princípio do *favor rei* que nós adotamos. Se existisse, permitir-se-ia à segunda instância apreciar, sem maiores freios, a decisão impugnada.”⁶

Os temores do eminente processualista estariam afastados desde que o recurso incidental somente pudesse ser interposto pela defesa. Aliás, quer parecer-me que haveria manifesta inconstitucionalidade da lei que concedesse à acusação a possibilidade daquela providência, pois violaria a coisa julgada em detrimento do réu, realizando, por via oblíqua, a possibilidade de uma revisão do julgado *pro societate*.

5. Os requisitos de admissibilidade do recurso adesivo, a legitimação para recorrer, o procedimento recursal, a forma de interposição e o cabimento do adesivo, em sede penal, guardariam certa analogia com os do processo civil, mas destes se afastariam em muitos aspectos, ostentando identidade própria.

Examinemos, então, os diversos ângulos que informariam o adesivo em sede processual penal, tomando por base o tratamento que o mesmo recebeu no Código de Processo Civil, onde ele se encontra disciplinado nos arts. 500 a 503, fazendo-se, naturalmente, as necessárias adaptações:

a) – o recurso somente poderia ser interposto pelo réu, desde que também vencido (ou com interesse recursal). Desta forma, só a defesa estaria dotada de legitimação para valer-se do adesivo;

b) – considera-se vencido, para os fins do recurso, o réu que sucumbiu ou que, pelo menos, guarda interesse na reforma da decisão (art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal);

c) – o recurso adesivo ficaria subordinado ao recurso principal. Isto exige que o recurso subordinante tenha sido interposto e, quando da apresentação do adesivo, ainda subsista. Suponha-se, por exemplo, que a apelação subordinante não tenha sido admitida perante o juízo *a quo*, por intempestiva. Imagine-se, ainda, que, em caso de exclusiva ação privada, o querelante venha, após, a desistir do apelo. No último caso, se o querelado houvesse manifestado o incidental, seguiria ele a sorte do principal, não dispondo o querelado de qualquer poder para fazer valer o seu recurso, que, nesse passo, não dispõe de luz própria;

d) – o subordinado será, sempre, interposto perante a autoridade judiciária competente para conhecer do recurso subordinante;

⁶ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. 02, p. 593, Editora Saraiva, 5ª edição, 1999.

e) – como regra geral, o adesivo poderá ser interposto pelo réu, seu procurador ou defensor (art. 577, *caput*, do CPP);

f) – o prazo para a interposição do adesivo seria, de acordo com o processo civil, o mesmo que a parte dispõe para responder ao recurso principal. No processo penal, porém, impõem-se algumas adaptações. Explico-me melhor: sabe-se que o apelado dispõe de 08 dias para contrapor-se ao recurso, salvo em relação aos casos de contravenção onde a lei prevê 03 dias para aquela finalidade (art. 600, *caput*, do CPP). Ora, tal prazo excederia o do apelo principal (05 dias, *caput* do art. 593 do CPP), salvo em relação à contravenção. Assim, se de um lado o recorrente-adesivo levaria vantagem, do outro veria seu prazo diminuído em relação ao recurso principal. O legislador poderia, desta maneira, corrigir a distorção, fixando um único prazo, ao estabelecer que o adesivo, em qualquer caso, observaria o lapso temporal cogitado para o recurso principal (art. 593, do CPP).

Parece-me solução mais justa, técnica e equânime nivelar o prazo, igualando-o nos dois recursos: o principal e o adesivo. É interessante observar que o problema só se põe em relação à apelação, em face do descompasso verificado nos prazos indicados nos arts. 593 e 600 do CPP. É certo que, no processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, o recurso apresenta-se bifásico, compreendendo o momento de interposição (art. 578 do CPP) e o da apresentação de razões (art. 600 do CPP). Vale o registro que, perante os Juizados Especiais Criminais, o apelo reveste caráter monofásico (art. 82 da Lei nº 9.099, de 26.09.95), sendo de dez dias o prazo para o apelo e para a resposta (art. 82, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.099, de 26.09.95). Aqui, não haveria o que alterar;

g) – o prazo em questão começaria a fluir da data em que a defesa recebesse os autos com vista para ofertar contra-razões. Como se trata de prazo processual, a regra *dies a quo non computatur in termino* ganharia plena incidência (art. 798, § 1º, do CPP);

h) – a forma de interposição obedeceria aos ditames do Código de Processo Penal (art. 578, do CPP), isto é, far-se-ia por petição ou por termo, abrindo-se, após, nova vista para a oferta de razões, quando em jogo recurso bifásico, pois, como já assinalado, no Juizado Especial Criminal, por exceção, o apelo apresenta forma monofásica, ou seja, não há uma fase distinta para a interposição e outra para razões; juntamente com a apelação, são, desde logo, apresentadas as razões do recurso (art. 82, § 1º, da Lei nº 9.099, de 26.09.95). É, sem dúvida, a solução desejável do ponto de vista técnico para todas as hipóteses. No entanto, esta não é a regra geral no processo penal;

i) – quanto ao cabimento do adesivo, ele somente se daria em caso de apelação e por ocasião dos chamados recursos constitucionais, ou seja, o extraordinário e o especial. Ao contrário do que ocorre no processo civil, ele não encontraria admissibilidade nos embargos infringentes e de nulidade, uma vez que, no processo penal, aquele recurso é privativo da defesa (art. 609, parágrafo único, do CPP);

j) – o recurso contraposto, igualmente, não mereceria conhecimento no caso de ser declarado deserto o recurso subordinante ou o do próprio querelado. Soa evidente

que a deserção somente poderia ocorrer, por ausência de preparo, nos casos de exclusividade privada (art. 806 e seus parágrafos, do CPP);

l) – no caso de apelação, se o réu fugir depois de haver apelado, o recurso incidental será declarado, da mesma forma, deserto, desde que, evidentemente, no caso, surja como condição de admissibilidade do apelo o recolhimento do réu à prisão;

m) – quando o incidental for interposto pela Defensoria Pública, o prazo do recurso ganhará a contagem em dobro, por força do disposto na Lei nº 7.871, de 08.11.89;

n) – também no Tribunal, o adesivo seguirá a sorte do principal. Desta maneira, caso o Tribunal não venha a conhecer do recurso principal (não importa a razão da inadmissibilidade), o subordinado, igualmente, não poderá merecer conhecimento, seguindo-lhe a sorte;

o) – quanto ao rito na superior instância, principal e adesivo seguem juntos, em procedimento uno, como se ocorresse a hipótese de dois recursos independentes, sendo ambos julgados na mesma sessão, ocasião em que, tal como o recorrente principal, será facultado ao recorrente adesivo fazer sustentação oral;

p) – suponha-se, para efeito de argumentação, que o adesivo não venha a ser conhecido no Juízo do primeiro grau de jurisdição, por entender o juiz que o apelo interposto pelo querelado encontra-se deserto. Denegada a apelação, abrir-se-á, para o réu, a oportunidade de interpor recurso no sentido estrito contra aquela decisão (art. 581, XV, *in fine*, do CPP), tal como ocorreria caso ele houvesse interposto um recurso independente;

q) – na hipótese acima contemplada (nº 05, letra *p*), o recurso perderá objeto se, por qualquer motivo, o apelo principal não vier a ter seguimento, pois o adesivo a ele se subordina;

r) – interessante questão pode ocorrer quando, no recurso adesivo, houver argüição de questão prévia que, se reconhecida, pode atingir o mérito do recurso principal. Nada melhor que o exemplo: no adesivo, o querelado sustenta a preliminar de extinção da punibilidade, pela ocorrência da decadência (art. 38 do CPP c/c 107, IV, do CP). Se acolhida a preliminar, ficará prejudicado o recurso principal quanto ao julgamento de mérito. Aqui, como de fácil observação, há uma inversão na ordem normal de apreciação dos recursos, fazendo com que o subordinante (principal) fique prejudicado quanto ao mérito, em razão do acolhimento da questão prévia suscitada no recurso subordinado (adesivo), que deve ser apreciada antes do julgamento *de meritis* do recurso principal;

s) – já ficou dito (nº 05, letra “n”, *supra*) que o recurso contraposto segue a sorte do principal. Melhor dizendo: se este for julgado deserto ou, ainda, se o querelante desistir do recurso que interpôs, o adesivo, como recurso subordinado que é, não poderá merecer conhecimento. Porém, o inverso não se dá; nenhum reflexo terá, para o recurso independente, a desistência por parte do réu em relação ao recurso incidental que interpôs;

t) – para que o recurso possa ser considerado adesivo, é preciso que ele não tenha sido interposto no prazo que o réu dispunha para recorrer. Ele se daria quando, sucumbindo o réu ou havendo interesse para insurgir-se contra a decisão, não manifestasse recurso no prazo legal, mas se deparasse, após, com a interposição de recurso por parte do autor (Ministério Público ou querelante) ou do assistente (art. 598 do CPP). Somente em tal situação processual, caberia ao réu “aderir” ao recurso principal;

u) – vislumbre-se a situação de vários réus, em que um ou apenas alguns deles tenham manifestado recurso adesivo. Os princípios gerais acima expostos terão, da mesma forma, integral aplicação, convindo notar que cada recorrente-adesivo guardará total independência em relação ao outro. Imagine-se, para exemplificar, que o réu A não tenha o seu adesivo conhecido, por intempestivo. Tal fato não contamina o adesivo do réu B, até porque a subordinação do recurso contraposto dá-se, somente, em relação ao principal. No litisconsórcio passivo (caso de sucumbência paralela), repita-se, cada recurso adesivo terá sua própria fortuna, ficando todos, quanto ao conhecimento, subordinados ao principal. Se este, por fás ou por nefas, não vier a ser conhecido, aí sim, todos os adesivos seguir-lhe-ão o caminho;

v) – e se o recurso principal vier a ser interposto pelo assistente do Ministério Público ou pelo ofendido não habilitado como tal nas hipóteses contempladas no art. 598 do CPP e 80 do Código de Defesa do Consumidor, assim como consoante o enunciado constante da Súmula 210 do STF?

Da mesma forma, o réu, com maior razão, poderá “aderir” ao recurso principal e nem haveria razão para que se vedasse tal providência para o mesmo, tendo em conta que os objetivos do recurso do assistente não guardam, necessariamente, os ideais de justiça que movem o Ministério Público em suas manifestações processuais;

x) – cabe, agora, a seguinte ponderação: havendo recurso do assistente do Ministério Público (para aumentar a pena aplicada, por exemplo) e não manifestando o réu o adesivo, parece-me que o *Parquet*, ciente do fato, pode, se for o caso, como fiscal da lei, “aderir” ao recurso principal, buscando uma solução justa para a lide penal. Se ele pode apelar em favor do réu (*rectius*, buscando a correta aplicação da lei), por que não poderia ele “aderir” ao recurso do assistente no objetivo maior da Instituição, que reside na efetivação de um processo justo?

z) – caso haja mais de um recurso adesivo, o recorrente poderá desistir do mesmo sem anuência dos litisconsortes, no caso de sucumbência paralela, já que, em relação a eles, guarda total independência, como já observado (nº 05, letra “u”). Sua subordinação, no que respeita ao conhecimento do recurso, dá-se, somente, em relação ao recurso independente. Assim, por conseqüência, se o querelante vier a desistir do apelo que interpôs, o adesivo que lhe seguia não colherá conhecimento;

z-1) – quanto ao mérito, porém, o adesivo, como não poderia deixar de ser, mantém absoluta independência em relação ao recurso subordinante. Aliás, se assim não se desse,

nem haveria razão de ser para a existência do adesivo. Melhor dizendo: suponha-se que o recurso principal, *de meritis*, venha a ser improvido; tal circunstância em nada impedirá o conhecimento e provimento do recurso subordinado. E vice-versa;

z-II) – no mais, aplicam-se as regras gerais de processo penal em matéria de conhecimento das chamadas questões absolutas⁷, podendo o Tribunal, embora não conhecendo do recurso adesivo, conceder *habeas corpus* de ofício em prol do réu (art. 654, § 2º, do CPP), desde que vislumbre presente, *v.g.*, uma nulidade absoluta;

z-III) – diga-se o mesmo quando houver a possibilidade de aplicação do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, por extensão subjetiva dos efeitos benéficos do recurso contraposto;

z-IV) – É certo que as questões ventiladas linhas acima (nº 05, z-II e z-III) poderiam ser apreciadas, de ofício, pelo Tribunal, por força do princípio do *favor rei*, mesmo sem que houvesse recurso adesivo. Porém, uma vez não tratadas no recurso principal, é de bom aviso o adesivo para provocar a manifestação e o prequestionamento por parte do Tribunal sobre a matéria, que, sem o recurso incidental, poderia passar despercebida, acarretando desnecessário gravame para o réu.

6. No momento em que se cogita proceder a uma reforma radical do nosso Código de Processo Penal, seria o caso de meditar-se sobre a *conveniência* da adoção de tal modalidade de recurso em nossa legislação.

Ficam, no momento, alinhadas algumas sugestões, não sei se meritórias, mas, de qualquer forma, instigadoras.

Primavera de 2000.

⁷ O assunto restou ventilado, com maiores cuidados, em estudo de minha autoria: “A Técnica do Parecer”, *in Justitia*, órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 169, 1995, pp. 09/ 23, de modo especial no item 13, p. 17.

A técnica do parecer¹⁻²

Sergio Demoro Hamilton

1 - Vou tratar do parecer do Ministério Público perante os Tribunais Superiores, voltado, de forma especial, para a atuação do Procurador de Justiça que oficia perante o Tribunal de Alçada e diante do Tribunal de Justiça do Estado. Igualmente, o presente estudo estará dedicado, basicamente, para o processo penal, eis que fruto da minha vivência como Procurador de Justiça, inicialmente na 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, de tão gratas recordações para o meu aprendizado no ofício de Procurador, e, posteriormente, perante o Tribunal de Justiça de nosso Estado. É certo que muitas das colocações que, aqui, serão feitas, encontram plena aplicação no parecer civil perante o segundo grau de jurisdição. Porém, a finalidade precípua do presente trabalho é a de voltar-se, de forma especial, para os diversos aspectos de que se reveste o parecer criminal.

2 - É sabido por todos que se ocupam do estudo sistemático do Ministério Público o grande desconhecimento que reina a respeito daquela Instituição, que só agora começa a ganhar merecido realce, mercê da posição de relevo que a Constituição Federal de 1988 lhe conferiu.

Por tal razão, não é de estranhar que o nosso modesto Código de Processo Penal, ao tratar do processo e do julgamento dos recursos perante os Tribunais (arts. 609 a 618), não faça qualquer referência quanto ao aspecto formal do parecer, limitando-se a fixar os prazos para a fala do Procurador-Geral e o tempo que o mesmo disporá para a sustentação oral (arts. 610 e 613). Diversamente, deixa claro que o Tribunal, câmara ou turma, atenderá nos seus acórdãos ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável (art. 617). Em suma: revigora as minuciosas regras que regem a sentença (*in genere*), bem como os dispositivos específicos que regulam, respectivamente, a sentença penal absolutória e a condenatória. Em outras palavras: as decisões dos tribunais, pena de inépcia, devem conter todos os requisitos formais de uma decisão do primeiro grau de jurisdição, *mutatis mutandis* evidentemente. Mas as exigências de forma não terminam

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1, p. 150-166, jan./jun. 1995.

² O presente trabalho é mero desenvolvimento da conferência por mim proferida na Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro, aos 19 de agosto de 1985, dela escoimadas as inevitáveis imperfeições próprias de uma exposição oral. Cuidou-se, igualmente, de adaptar o texto à nova legislação de natureza constitucional e infraconstitucional. Nele não estão incluídos os debates que se seguiram àquela exposição, pois que não foram gravados.

aí; o art. 618 do CPP ainda estabelece que os regimentos dos tribunais estabelecerão normas complementares para o processo e julgamento dos recursos.

3 - O primeiro e grave equívoco envolvendo os prazos para o Ministério Público emitir parecer nasce com o ingresso dos autos na Procuradoria-Geral de Justiça. O “Diário Oficial”, na parte destinada ao Poder Judiciário, costuma publicar a relação dos autos que se encontram com vista na Procuradoria-Geral de Justiça, especificando a natureza e o número do recurso, a data de entrada dos feitos e o número de dias em que o processo ali se encontra. A publicação abrange cada órgão colegiado do Tribunal e cumpre, no Tribunal de Justiça, determinação expressa do art. 216 §2º do seu Regimento Interno.

É preciso, desde logo, que se esclareça que o prazo para o Ministério Público manifestar parecer não guarda qualquer relação com a aludida publicação. E é fácil explicar: a Procuradoria-Geral de Justiça é mero organismo administrativo do Ministério Público, não se confundindo com a Instituição e muito menos com o órgão de atuação que tenha atribuição para intervir no feito. Dessa maneira, o prazo para o parecerista não pode ser contado da data do ingresso dos autos na Procuradoria-Geral de Justiça, mas sim da data do efetivo recebimento dos autos pelo Procurador de Justiça. É certo que se poderá argumentar que os prazos contemplados nos arts. 610 e 613 do CPP são prazos de preclusão fraca, o que significa dizer que, mesmo quando prolatado a destempo, o parecer pode ser objeto de apreciação judicial, não merecendo, por tal razão, desentranhamento. Porém, nem por isso a observância dos prazos deve ser descurada, até porque apresenta conseqüências práticas para o órgão do Ministério Público desidioso, tal como disciplinado no art. 801 do CPP.

4 - Chegada a fase de vista para parecer, surge uma primeira indagação: que Procurador de Justiça deve oficiar no feito?

A pergunta assume especial importância em face do princípio do Promotor Natural ou do Promotor Legal assegurado pela Constituição Federal que consagrou aos membros do Ministério Público a garantia da inamovibilidade (art. 128, § 5º, I, “b”). Demais disso e em conseqüência disso, a atribuição do órgão de atuação do Ministério Público é pressuposto de validade da instância, estando a atribuição para o Ministério Público como a competência está para o juiz. São, destarte, institutos processuais que guardam similitude. Por tal razão, o órgão do Ministério Público que oficia no feito deve estar revestido de atribuição para atuar, pena de nulidade. Dessa forma, quando a lei processual penal fala na necessidade da intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública, cominando a sanção de nulidade pelo descumprimento da norma (art. 564, III, “d” do CPP), há que se entender que

a atuação do Ministério Público se fará, sempre e sempre, através do membro do Ministério Público revestido de prévia atribuição.³

Atualmente, em nosso Ministério Público, encontra-se em vigor a Resolução GPGJ nº 503, de 31.07.92, estabelecendo critérios de distribuição prévia dos feitos entre os Procuradores de Justiça nos diversos órgãos colegiados dos Tribunais de Alçada (Cível e Criminal) bem como perante o Tribunal de Justiça, assegurando, assim, a plena vigência do princípio do Promotor Legal. Com o advento da nova LONMP (Lei 8.625, de 12.02.93) a matéria veio regulada nos arts. 19 a 22, estabelecendo o art. 21 que a divisão interna dos serviços das Procuradorias de Justiça estará sujeita a critérios objetivos definidos pelo Colégio de Procuradores, que visem à distribuição equitativa dos processos por sorteio, observados, para esse efeito, as regras de proporcionalidade, especialmente a alternância fixada em função da natureza, volume e espécie de feitos. Porém, o parágrafo único do aludido artigo estabelece que a norma indicada no *caput* só não incidirá na hipótese em que os Procuradores de Justiça definam, consensualmente, conforme critérios próprios, a divisão interna dos serviços. Portanto, nada obsta, no momento, que os Procuradores de Justiça venham a manter, no futuro, os critérios de distribuição versados na Resolução nº 503/92, atualmente em vigor. É de se aguardar, porém, até lá, a entrada em vigor da nova Lei Orgânica Estadual do Ministério Público, atualmente em tramitação na Assembléia Legislativa Estadual.

5 - Recebido o recurso para exame, deve o Procurador de Justiça, por cota nos autos, anotar a data em que *efetivamente* o processo lhe foi entregue. A matéria é revestida de relevância, uma vez que, no Rio de Janeiro, muitos Procuradores recebem o processo em casa ou nos seus escritórios de trabalho, sendo os processos entregues, muitas vezes, com grande atraso. Para tanto, deverão seguir um critério de controle, criando um protocolo particular e datando, sempre, a guia de recebimento e a de remessa.

Tal anomalia estará superada no momento em que forem criados os serviços auxiliares necessários ao desempenho dos Procuradores de Justiça (art. 21 da LONMP). Em nosso Estado do Rio de Janeiro, como os Procuradores de Justiça jamais dispuseram de gabinetes nos Tribunais, a Procuradoria-Geral de Justiça⁴, em 11.12.92, fez instalar o chamado “Serviço Judiciário” em um andar de prédio comercial, em frente ao Tribunal, dotado de razoável infra-estrutura, onde os Procuradores dispõem de local digno para trabalhar e moderno serviço de apoio. Há muito que aperfeiçoar neste setor, mas o primeiro passo, sem dúvida, já foi dado e, no meu entendimento, com bons resultados. De qualquer forma este é o caminho certo: o Ministério Público deverá estar situado

³ Sobre o tema *vide*: “Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal”, Sergio Demoro Hamilton, Separata, “Revista Forense”, vol. 269; “O Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural, Atribuição e Conflito”, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, pp. 86 e ss., Forense, 1989; “O Ministério Público no Processo Penal”, Hugo Nigro Mazzilli, “Justitia”, São Paulo, 95; “Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, Rogério Lauria Tucci, pp. 145 e ss., Saraiva, São Paulo, 1993.

⁴ Inaugurado, em 11.12.92, na gestão do Procurador-Geral de Justiça Dr. Antonio Carlos Silva Biscaia.

próximo ao Tribunal mas *sempre* em locação própria. O passado indica ser este o caminho certo; o futuro exige que assim seja diante do aumento, ainda não de todo dimensionado, das atribuições da Instituição, muitas delas com marcante atividade extrajudicial.

6 - Uma vez em mãos do Procurador de Justiça dotado de atribuição para officiar no feito, o primeiro cuidado a ser tomado consiste em saber se o recurso está “maduro” para receber parecer. Tal se dá, somente, quando o procedimento recursal desenvolvido até o momento da vista ao órgão do *Parquet* foi cumprido na íntegra bem como se foram atendidos os dispositivos regimentais atinentes à espécie. Ponha-se o exemplo: é comum o recurso ser distribuído a determinada Câmara em razão de prevenção ditada pelo fato de que o Colegiado, antes, já decidiu algum outro recurso relacionado com o feito em julgamento ou, como ocorre comumente, *habeas-corporis* envolvendo o caso *sub iudice*. O Tribunal de Alçada Criminal, em seu Regimento Interno, estabelece que a Secretaria da Câmara deve providenciar a apensação dos autos precedentes que motivaram a prevenção (art. 42 §2º). Caso tal não seja possível, no meu entendimento, bastará a juntada aos autos de cópia do acórdão que tenha decidido o *habeas-corporis*, exceção, incidente processual, reclamação ou qualquer recurso anterior que guarde relação com o feito em julgamento. Aliás, na prática, sempre preferi a última solução, visto que a apensação torna mais volumosos os autos dificultando o manuseio. Pois bem: este deve ser um requerimento preliminar do Procurador, pois em função do que tenha sido decidido, anteriormente, haverá eventuais reflexos no parecer a ser prolatado e, em conseqüência, na decisão da causa. Tal postulação pode ser feita antes do parecer ser ofertado ou como diligência preliminar no próprio corpo do parecer, caso o Procurador perceba, desde logo, a probabilidade de que a matéria não trará maiores conseqüências para a apreciação do recurso. Outra questão a ser observada diz respeito com a apresentação de razões pelo advogado no Tribunal (art. 600 §4º do CPP). Em tal hipótese, antes do parecer ser exarado, devem os autos ser remetidos à Promotoria de Justiça para contra-razões. Atualmente, a matéria está regulada por meio da Resolução nº 277/87 do Procurador-Geral de Justiça, de 02.10.87, que, acertadamente, estabelece incumbir à Promotoria de Justiça junto à Vara de origem oferecer as razões, contrariando o apelo (art. 1º), devendo, para tal fim, o Procurador de Justiça, junto à Câmara perante a qual se processa o recurso, providenciar para que os autos respectivos sejam remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 1º, § único), após o que os autos voltarão com vista ao Procurador para parecer, sem necessidade do retorno dos autos ao Tribunal. Em suma: quando o feito voltar ao Tribunal já levará consigo as contra-razões e o parecer. A matéria, aliás, já fora decidida pelo Procurador-Geral diante do exame de um caso concreto de conflito de atribuições suscitado na Apelação Criminal nº 20.029 da 1ª Câmara Criminal do TACrim-RJ, que alvittrara idêntica solução técnica para o problema, afastando a possibilidade do Procurador substituir o Promotor, acumulando, de forma absurda, as duas atribuições. Vale registrar, por oportuno, que a atual LONMP, ao contrário da anterior, não mais veda a convocação de Promotor de Justiça da mais elevada

entrância ou categoria para substituir, por convocação, Procurador de Justiça (art. 15, V c/c 22, III). É de ver, aliás, que, mesmo no tempo da vigência da Lei Complementar nº 40/81, nada impedia a adoção da solução aqui alvitrada, conforme tive a oportunidade de sustentar quando officiei como suscitante no conflito de atribuições acima referido (Apel. Crim. nº 20.029 - da 1ª Câm. Crim. do TACrim-RJ) e que mereceu acolhimento da Chefia do *Parquet*. Para um completo exame do tema, que transborda os limites do presente trabalho, torna-se recomendável o estudo doutrinário completo feito a respeito da matéria pelo douto Procurador de Justiça, Dr. Adolpho Lerner, quando emitiu parecer na Apelação Criminal de nº 409/93 perante a 4ª Câmara Criminal do TJRJ. Ali aquele extraordinário Procurador de Justiça fez um completo levantamento dos autores que se ocuparam da matéria, todos no sentido do posicionamento aqui defendido.⁵

Outra questão, que pode surgir antes da fase de parecer, está relacionada com a possibilidade, embora pouco comum, de suscitação de conflito de atribuições entre os órgãos do Ministério Público, que pode ou não envolver a competência de Colegiado para o julgamento da espécie. Quando tal não se dá, a matéria se esgotará no âmbito administrativo - com evidentes reflexos processuais! - do Ministério Público, uma vez decidida pelo Procurador-Geral. Em caso contrário, melhor será, por que mais prático, que o Procurador de Justiça suscite, desde logo, conflito de competência ou de jurisdição, conforme o caso (arts. 113, 114, 115, II e 116 do CPP). Vale observar que, quando se tratar de conflito negativo de atribuições em sentido estrito (a ser dirimido no âmbito do próprio Ministério Público), ele deverá ser suscitado nos próprios autos, tal como ocorre com o conflito entre juízes e tribunais (art. 116, §1º, do CPP), uma vez que não haverá qualquer prejuízo para o andamento normal do recurso, até que o incidente ganhe deslinde.

Outro cuidado a ser tomado pelo Procurador de Justiça, ainda na fase que antecede ao parecer, relaciona-se com a aplicação da regra do art. 601 § 1º, do CPP, que obriga o traslado dos autos sempre que houver mais de um réu, desde que todos não tenham sido julgados ou, uma vez julgados, não tenham, todos, apelado. Em tal caso, ao apelante caberá promover a extração do traslado dos autos. A exigência legal é compreensível, uma vez que a execução penal deverá ter início em relação ao(s) réu(s) que não apelou(aram); já em relação aos imputados ainda não julgados, a providência encontra sua razão de ser, uma vez que não haveria sentido que se sustasse o andamento do apelo do co-réu já julgado. Com o advento da Lei de Execução Penal, o traslado em

⁵ Parecer do Procurador de Justiça, Dr. Adolpho Lerner, o mais completo e atualizado estudo de que tenho conhecimento sobre a matéria. Atentos à diversidade de atribuições conferidas aos Promotores e Procuradores de Justiça, os doutrinadores, *una voce*, afastam a possibilidade dos últimos substituírem os primeiros na hipótese do art. 600 § 4º do CPP; Magalhães Noronha, Fernando da Costa Tourinho Filho, Sergio de Andréa Ferreira, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sergio Demoro Hamilton, Geraldo Batista de Siqueira, Hugo Nigro Mazzilli e outros. As indicações bibliográficas respectivas constam do parecer em tela a ser publicado na “Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça”.

questão torna-se dispensável, desde que o juiz do processo de conhecimento tome o cuidado de mandar expedir guia de recolhimento para a execução, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória para o co-réu (art. 105, da LEP), guia que deverá conter os requisitos do art. 106 da LEP. Em caso contrário, o traslado torna-se necessário pelas razões já expostas.

Ainda nessa fase que precede a elaboração do parecer, há, ainda, um cuidado que o Procurador de Justiça deve tomar: refiro-me aos casos de recurso em sentido estrito em que, no juízo *a quo*, não ocorreu o chamado juízo de retratação (art. 589 do CPP). É muito comum tal omissão, que, muitas vezes, decorre até de esquecimento, em razão do notório volume de serviço do foro. O fundamento da providência decorre do fato de que, uma vez ocorrida a retratação e incorrendo recurso da parte contrária (art. 589 § único do CPP), o recurso em sentido estrito perderia objeto. Por que, então, perder tempo emitindo um parecer que pode ser desnecessário?

Merece destaque nesta fase que antecede à lavratura do parecer o exame que deve merecer o art. 32, inciso VIII do Regimento Interno do Tribunal de Justiça - RJ. Dispõe o aludido dispositivo que compete ao relator do feito “decidir o pedido ou recurso que haja perdido o objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do Tribunal, cabendo dessa decisão agravo regimental para o órgão colegiado”.

O referido inciso, introduzido no Regimento Interno do Tribunal de Justiça-RJ, no expediente do Órgão Especial do dia 28.05.91, tem, iniludivelmente, o objetivo de desafogar as pautas de julgamento e a tramitação de recursos que, previamente, estarão fadados ao insucesso ou à falta de objeto. É medida inteligente e que atende, sem sombra de dúvida, aos reclamos da melhor economia processual. Na Câmara onde exerce atribuição, vem sendo usado com parcimônia e bom senso, atendendo, plenamente, a finalidade para a qual foi criado.

Não há que negar, porém, que a constitucionalidade do aludido dispositivo regimental é discutível, pois que subtrai do juiz natural (Órgão Colegiado respectivo) o julgamento do pedido ou do recurso. Nem se argumente que da decisão do relator cabe agravo regimental para o órgão colegiado respectivo, pois este é o juiz natural do feito, que dele deve conhecer originariamente e não pela via recursal.

Pois bem: antes de emitir parecer, o Procurador de Justiça deverá ter o cuidado de examinar se o pedido ou recurso não se enquadra, de forma inequívoca, nas condições do art. 32, VIII do RITJRJ, evitando, com isso, perda de tempo na elaboração de um parecer desnecessário. Para que tal se dê, nunca é demais repetir, caberá ao parecerista examinar se a hipótese, sem sombra de dúvida, encontra agasalho nas exigências regimentais.

Não tenho, evidentemente, a pretensão de examinar todas as situações jurídicas que possam ocorrer antes da fase de emissão do parecer propriamente dito. Procurei, aqui,

enumerar algumas que ocorrem mais comumente, fruto da minha já longa experiência como Procurador de Justiça em Câmara Criminal.

7 - Estando o feito “maduro” para receber parecer de mérito, pode-se começar a examinar a técnica do parecer, desenvolvendo a forma com que a fala do Ministério Público deve ser apresentada perante os Tribunais. Já ficou assinalado, no início do presente trabalho³, que, ao contrário do que ocorre com a sentença (arts. 381, 386 e 387 do CPP) e com o acórdão (art. 617 do CPP), a nossa lei processual penal não se ocupou do parecer, deixando de traçar normas a respeito do seu conteúdo, limitandose a fixar os prazos para a opinativa e o tempo, em minutos, que o Procurador disporá para a sustentação oral perante o Colegiado. A antiga LONMP (LC nº 40, de 14.12.81) dispunha em seu art. 22, II, ser dever dos membros do Ministério Público “obedecer rigorosamente, nos atos em que officiar, à formalidade exigida dos juízes na sentença, sendo obrigatório em cada ato fazer relatório, dar os fundamentos, em que analisará as questões de fato e de direito, e lançar o seu parecer ou requerimento”. Pecava, a meu ver, pelo excesso, pois seria prosaico exigir-se do membro do Ministério Público que, para desistir de uma testemunha, por exemplo, fizesse relatório ou que, para um simples requerimento de diligência, sem maiores indagações, obedecesse a todas aquelas formalidades. Para tais providências, as exigências seriam as mesmas que um juiz deve guardar em seus despachos de expediente. Portanto, quando a lei falava em “cada ato” haveria que ser entendida como referindo-se a atos substanciais do processo, tais como alegações finais, razões de recurso, requerimento de providência coercitiva cautelar (de caráter pessoal ou real), parecer diante dos Tribunais e *quid genitu*. A atual LONMP (Lei nº 8.625, de 12.02.93) estabelece como dever do membro do Ministério Público “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal” (art. 43, III). A redação do novo texto legislativo parece-me mais feliz que a do anterior, mas também não é a ideal. Por ela deduz-se que somente quando das alegações finais ou na fase recursal é que deverão ser exigidos aqueles requisitos de forma. Na verdade, não é bem assim que ocorre. Pode acontecer que uma diligência, que envolva matéria de maior complexidade, exija longa fundamentação. Que dizer das cautelares? O requerimento de prisão preventiva, por exemplo, deve, sempre e sempre, ser bem fundamentado por parte do membro do Ministério Público. Porém, nenhum dos dois casos acima citados envolve manifestação final ou recursal do Ministério Público. Assim deve ficar entendido que o membro do Ministério Público deve indicar os fundamentos de fato (*y compris*, o relatório) e de direito de seus pronunciamentos processuais sempre que tal se fizer necessário, tais como: alegações finais, manifestações recursais (razões e pareceres), requerimentos de providências cautelares de caráter pessoal ou real e em situações jurídicas assemelhadas. Nos demais casos, sua cota não deve ser diferente do mero despacho de expediente do juiz.

Last but not least, é de ressaltar que a Constituição Federal exige dos membros do Ministério Público a indicação dos “fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (art. 129, VIII). Portanto, a exigência, além de lógica e antológica, assume, atualmente, o caráter de norma Constitucional, que deve ser observada, regulada e interpretada segundo critérios seguros, não ficando à mercê de cada um ofertar o parecer como bem lhe aprouver.

8 - Como deve, então, ser apresentado o parecer do Procurador de Justiça perante os Tribunais? De que requisitos deve ele estar revestido? Que requisitos formais são exigíveis quando da opinativa? Que cuidados devem cercar a fala do Ministério Público perante o segundo grau de jurisdição?

Na tentativa de encontrar respostas para tais indagações é que este trabalho ganhou vida, fruto, como já disse, da minha experiência e, portanto, correndo os riscos do empirismo, já que pouco, ou quase nada, encontrei na doutrina e em nossas leis, mesmo naquelas que se ocupam especificamente da Instituição.

O parecer deve ser identificado ou individualizado em seu cabeçalho. Ali estarão indicados:

- a) - o tribunal (de Justiça ou de Alçada Criminal) para o qual é dirigido o recurso;
- b) - o órgão Colegiado do Tribunal (Câmara ou Seção Criminal no Tribunal de Justiça e Câmara ou Grupo de Câmaras Criminais no Tribunal de Alçada);
- c) - a natureza do recurso (apelação, embargos, etc. ...);
- d) - o nome das partes [recorrente(s) e recorrido(s)].

Jamais deverá ser usada a expressão jurássica “Justiça Pública” para identificar a Instituição do Ministério Público quer como parte no recurso quer como fiscal da lei.

Segue-se a indicação: “Parecer”. É que, como vimos, nem sempre o processo encontra-se em condições de receber, desde logo, parecer (6 *supra*), necessitando providências prévias. Em ocorrendo esta última hipótese, a postulação deve receber o título de “Requerimento”. O requerimento deverá ser dirigido ao Relator do feito e não ao Colégio, visto que se insere entre as providências típicas do Relator, todas de natureza ordinatória do processo.

9 - Identificado o parecer, segue-se a apresentação da Súmula, onde estarão indicados *todos* os pontos relevantes do pronunciamento, ferindo, basicamente, as questões de direito que o *thema* envolve. Os fatos, quando da Súmula, só devem ser referidos quando indispensáveis à perfeita compreensão da *quaestio juris*. A Súmula, como o vocábulo está a indicar, é um resumo das questões versadas no parecer. Há quem use a palavra ementa para designar tal síntese, já que ela é, também, um apontamento ou um resumo típico dos acórdãos, onde são enunciados, de forma resumida, os pontos básicos focalizados no julgamento. Há puristas, no Ministério Público, que se insurgem contra o uso do vocábulo ementa para o resumo feito nos pareceres, justamente porque,

tradicionalmente, tal vocábulo foi reservado para os acórdãos dos juízes. É certo que a palavra *súmula* também pode gerar confusão, vez que usada, comumente, para indicar a jurisprudência consolidada e pacífica de determinado Tribunal. É nesse sentido que se fala, por exemplo, na *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal* ou na *Súmula do Superior Tribunal de Justiça*. As *súmulas* são numeradas e indicam, em breve enunciado, o entendimento jurisprudencial de determinado Tribunal a respeito de certa questão jurídica. Nosso Ministério Público, também, nos termos da Resolução nº 407, de 17.10.90, adota a expressão “*Súmula M.P.*” onde são consolidadas as teses jurídicas aprovadas nos termos daquela Resolução, valendo como orientação, sem caráter normativo, para a Instituição, para efeito de interposição de Recurso Especial ou de Recurso Extraordinário. Portanto, também a palavra *súmula* pode prestar-se a equívocos. Que tal resumo? É mera sugestão. À falta de qualquer previsão legal sobre a matéria, penso que não haverá heresia no uso das designações ementa, *súmula*, resumo, índice de assuntos ou, quem sabe? outra melhor. Comumente, no entanto, até por assemelhação com os julgados dos tribunais, usa-se a expressão “*ementa do parecer*”, embora, repito, por muitos criticada. A ementa, como já ficou assinalado, deve preceder o parecer propriamente dito em todos os recursos. Apenas em um caso poderá ser dispensada; refiro-me aos casos de *habeas-corpus*, onde, como sabido, o Ministério Público dispõe de prazo exíguo para emitir parecer (02 dias), tendo em conta a regra do art. 1º do Decreto-Lei nº 552, de 25-04-69. É certo que os acórdãos, em tais casos, também apresentam ementa. Porém, o acórdão só vem a ser redigido, obviamente, após o julgamento, dispondo o redator do mesmo do tempo necessário para a elaboração de um trabalho mais cuidadoso. Nada impede, porém, que o Procurador de Justiça, mesmo nos casos de *habeas-corpus*, apresente sua *súmula*, desde que disponha de infraestrutura para tal.

10 - Concluída a ementa, o Ministério Público dirige-se ao órgão colegiado julgador, usando as expressões “*Egrégia Câmara*”, “*Egrégia Seção Criminal*” ou “*Egrégio Grupo de Câmaras*”, conforme o caso. O Regimento Interno do nosso Tribunal de Justiça estabelece que “Ao Tribunal de Justiça, ao Órgão Especial, às Seções, aos Grupos de Câmaras, às Câmaras e ao Conselho da Magistratura” cabe o tratamento de “*Egrégio*”, e aos seus membros o de “*Excelência*” (art. 18). Igual tratamento será deferido aos órgãos colegiados e aos juízes dos Tribunais de Alçada, respectivamente. Aliás, os membros do Ministério Público, entre outras prerrogativas, devem “receber o mesmo tratamento jurídico e protocolar dispensado aos membros do Poder Judiciário junto aos quais oficiem” (art. 41, I da LONMP). *Excelência* parece-me tratamento excessivamente obsequioso e gongórico, pois traduz perfeição para quem é assim referido. Costumo dizer que excelente só Deus, pelo menos para os adeptos do gnosticismo. Para meu gosto seria melhor dizer “*Senhor Juiz*”, “*Senhor Promotor*”, “*Senhor Procurador*”, “*Senhor Desembargador*” etc... O tratamento seria, igualmente, formal e respeitoso, porém mais compatível com o

tempo em que vivemos e menos subserviente. Porém, ao parecerista, incumbe cumprir a lei e deferir à Magistratura e a seus pares o tratamento adotado pela lei.

11 - O parecer deve seguir uma numeração, isto é, ser articulado de maneira que possa facilitar ao seu prolator a referência a seus diversos tópicos sem a necessidade da repetição do texto ou da matéria antes versada. Veja-se o exemplo: o item “1” indicaria o procedimento recursal; o item “2” cuidaria das preliminares; o item “3” do mérito; o item “4” das penas e o item “5” reuniria a proposta final do Ministério Público ao órgão julgador. Tratei de oferecer um exemplo bem singelo, pois, conforme o caso, o parecer pode desdobrar-se em inúmeros outros itens, em função da complexidade das diversas questões nele versadas. Cada caso é um caso. No entanto, comumente o parecer segue a rotina acima apontada, desde que, evidentemente, pretenda a condenação do réu. Em caso contrário, o item “04”, acima ventilado, perderia sentido.

12 - O parecer propriamente dito tem início com histórico do procedimento recursal. Ainda uma vez sirvo-me do exemplo para bom entendimento. Vejamos: o réu, ora recorrente, foi condenado pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca da Capital às penas de 05 anos de reclusão e 70 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76, em regime integralmente fechado (fls. 79/80). Inconformado, apela em recurso amplo (fls. 85), argüindo preliminar de nulidade do processo, que, abaixo, será objeto de destaque e exame e, quanto ao mérito, postulando a reforma do *decisum* ou, quando menos, a redução das penas e a adoção do regime semi-aberto. Contra-razões do Ministério Público refutando a prévia e, quanto ao mérito, pugnando pela manutenção da sentença recorrida em todos os seus termos. E os autos subiram ao Tribunal. Este o procedimento recursal até o momento.

É óbvio que o rito do recurso será mais ou menos amplo em razão de maior ou menor complexidade do feito criminal. Este seria o item 1 do parecer.

13 - Segue-se o exame das preliminares. Estas podem ser absolutas ou relativas. As primeiras devem ser argüidas *ex-officio* pelo Procurador de Justiça uma vez que voltadas para matéria de ordem pública; as outras dependem de argüição da parte.

A questão prévia ou questão preliminar envolve, como o nome está a proclamar, matéria a ser examinada antes da discussão do mérito. O Código de Processo Civil (art. 560) deixa claro que não se conhecerá do mérito se incompatível com a decisão da preliminar. Prevê, porém, a possibilidade de sanatória de nulidade, ao dispor sobre a conversão do julgamento em diligência, com a remessa dos autos ao juiz, a fim de sanar o vício (art. 560 § único do CPC). Nosso Código de Processo Penal, embora com menos técnica, prevê, também, tal possibilidade, em seu art. 616, ao aludir que, no julgamento das apelações, o Tribunal poderá proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou “determinar outras diligências”. A fórmula ampla “outras diligências” permite encontrar solução para sanar eventual nulidade. As questões preliminares envolvem gama indeterminada de assuntos. Aqui, sem ordená-los por

precedência técnica, enumeramos alguns deles, à guisa de exemplo: vício de citação, falta de jurisdição, incompetência, causas extintivas da punibilidade, coisa julgada, litispendência, incapacidade da parte, defeito de representação, carência de ação.

As questões preliminares em sentido estrito cogitam dos pressupostos processuais (de existência ou de validade) da instância. Porém, nem toda a preliminar envolve matéria processual. A questão prévia pode ocupar-se do mérito, como *exempli gratia*, quando nela se argúi a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, atingindo, pois, o próprio direito de punir do Estado. É o que se costuma chamar de “preliminar de mérito”, eis que não versa a respeito de qualquer questão processual. O assunto não apresenta tranqüilidade na doutrina, pois muitos vislumbram, em tal caso, mera carência de ação. De qualquer forma, para os fins do presente trabalho, o que interessa registrar é que o *thema*, necessariamente, terá que ser examinado em linha de preliminar. Igualmente as questões prejudiciais, homogêneas ou heterogêneas, exigirão exame prévio, muito embora não revistam o caráter de matéria processual mas de tema de mérito. Como de fácil observação, o exame da questão preliminar ou prévia é abrangente, assumindo aspecto proteiforme, que não se esgota somente com a observação de questões processuais. Duas preliminares, no entanto, a todas precedem: as relacionadas com a suspeição e com a competência. A primeira a todas antecede (art. 103 c/c 96 do CPP) por razões que me parecem evidentes, seguindo-se, então, a relacionada com a competência, caso, evidentemente, em caráter excepcional, haja argüição de ambas.

As preliminares devem ser postas em ordem de precedência, tendo em conta a exclusão de umas sobre as outras. Por exemplo: se a nulidade de citação for argüida, o exame daquela nulidade, a toda evidência, deve preceder a análise de uma outra prévia envolvendo, por exemplo, a não-abertura de vista para a defesa no prazo de alegações finais, pois, uma vez acolhida a primeira, a outra perde objeto.

A nulidade pode importar em prejuízo para a acusação ou para a defesa, independentemente de argüição da parte quando versar sobre nulidade absoluta ou questão absoluta, como por exemplo, a nulidade de citação. Em tal caso, cabe ao parecerista argüí-la, ainda que o assunto não tenha sido objeto de debate pelas partes ou de exame na sentença.

Pode parecer estranho que o Ministério Público possa argüir nulidade em benefício da parte contrária, tendo em conta a regra do art. 565 do CPP. Porém, a vedação contida no aludido dispositivo não se aplica ao Ministério Público pois, em tal hipótese, ele não está atuando como parte instrumental do processo, mas sim como fiscal da fiel observância da lei (art. 257 do CPP), velando pelos direitos do réu, assegurados na Constituição Federal (arts. 129, II c/c 5º, LIV e LV), dentre os quais avulta a garantia ao devido processo legal. Aliás, mesmo antes da vigência da atual Constituição Federal, ninguém, com bom conhecimento sobre a natureza e a finalidade da Instituição, jamais pôs em dúvida pudesse o Ministério Público atuar em favor do réu, tanto que a própria lei

processual já consagrava a possibilidade da impetração de *habeas-corpus* pelo Ministério Público (art. 654 do CPP).⁶

14 - Terminada a análise da(s) preliminar(es), cabe ao Procurador de Justiça examinar o mérito substancial. É que, ao prolatar o parecer, o Procurador não tem, obviamente, conhecimento se o Tribunal vai ou não acolher a(s) prévia(s) suscitada(s), quer seu parecer tenha sido pela procedência das mesmas, quer seu pronunciamento tenha optado pela rejeição daquelas questões. Pouco importa, ainda se a prévia decorreu de argüição das partes ou dele mesmo, Procurador de Justiça. Em tais hipóteses, o Ministério Público atua de forma semelhante à do juiz vencido, em matéria preliminar, perante o órgão colegiado. Incumbe-lhe, uma vez vencido, examinar o mérito da questão discutida. O exame do mérito do recurso estará limitado à extensão da apelação (art. 599 do CPP), abrangendo todo o julgado ou parte dele. É na petição ou no termo do recurso que a parte sucumbente ou com interesse para recorrer deve estabelecer os limites do apelo (art. 578 do CPP). Se a petição ou termo não estabelecer qualquer restrição à amplitude do apelo, entende-se que o recurso é amplo ou pleno. É o que ocorre comumente. Vale registrar que, no processo penal, o recurso é bifásico: há o momento da interposição e o das razões. Portanto, recomenda-se especial cuidado quando da interposição da apelação, pois será ela que irá ditar o limite de conhecimento do recurso, dando-lhe ou não efeito devolutivo integral. Refiro-me somente à apelação uma vez que os demais recursos, por sua própria natureza, apresentam, sempre, objetivo específico.

Há, porém, uma hipótese em que a regra geral que preside as apelações não encontra aplicação. Tal ocorre em relação ao apelo interposto contra as decisões do Tribunal do Júri.

Com efeito, o apelo no Júri reveste singularidade que exige exame especial. Ao contrário do que ocorre com os demais procedimentos recursais, a apelação no Júri tem natureza restrita, não devolvendo ao Tribunal o conhecimento integral da causa julgada em primeira instância. Sendo o apelo limitado, deve o recorrente, quando da interposição, indicar, expressamente, por qual permissivo processual, dentre aqueles indicados no art. 593, III, letras “a” a “d” do CPP, manifesta seu inconformismo. Cabe, assim, ao parecerista, especial cuidado quando do exame da apelação nos casos de Júri, pois estará vinculado, necessariamente, aos termos da interposição do apelo (por petição ou por termo) pelo sucumbente. Tem sentido, aqui, outra observação que me parece relevante: ainda que a interposição da apelação aluda à letra “a” (ocorrência de nulidade posterior à pronúncia), a argüição de nulidade, em tal hipótese, não é matéria de preliminar mas, sim, integra o próprio mérito do recurso. É outra peculiaridade do apelo no Júri que deverá ser levada em conta pelo parecerista ao dispor sua *opinio delicti* perante o segundo grau de jurisdição.

⁶ Sobre a matéria, veja-se o completo estudo do Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *in op. cit.* n° (2), *passim*.

15 - Fixado o limite do recurso, deve o Procurador de Justiça apresentar o relatório sucinto do fato, nos limites do recurso. Se a apelação for plena, como costuma acontecer, cabe-lhe transcrever a *causa petendi*.

No exame do fato e na indicação das provas, deve evitar a transcrição de depoimentos. Eles já estão nos autos, sendo ocioso e repetitivo renová-los. Basta dar ênfase ao que interessa para o processo, fazendo referência à página dos autos em que se encontra a peça citada. Evita-se, com isso, a repetição desnecessária do que já se encontra nos autos, alongando-se, desnecessariamente, o parecer. É obrigação do Ministério Público (assim como do juiz) indicar a página dos autos em que se encontra a prova indicada, tornando precisa a sua fala. É questão de respeito para com as partes. Impõe-se, igualmente, que o parecerista guarde absoluta fidelidade nas referências feitas às peças dos autos, sem lhes acrescentar ou omitir qualquer dado.

Segue-se a valoração penal do fato por parte do parecerista. Também aqui impõe-se evitar transcrições de acórdãos, ementas e citações doutrinárias na íntegra. Dá-se a idéia básica da tese defendida e da sua aplicação ao caso concreto da forma mais breve possível, com a indispensável indicação da fonte doutrinária ou jurisprudencial. No particular, quando da referência à fonte, impõe-se o maior cuidado. Dela devem constar a indicação da obra, do autor, do volume da obra, da página, do editor, do local e do ano da edição bem como da tiragem, de maneira a ensejar pronta consulta ao interessado que deseja aprofundar-se no exame da citação. Permite-se, quando muito, referência sucinta a nomes consagrados da literatura jurídica nacional ou estrangeira, como Hungria, Tourinho, Damásio, Fragoso, Frederico Marques, ou, ainda, Manzini, Asúa e Antolisei, aqui citados à guisa de exemplo, sem a necessidade da transcrição integral de seus famosos nomes, de todos conhecidos. Diga-se o mesmo das editoras de projeção nacional, também conhecidas por todos os que militam no mundo jurídico. É questão de amor à brevidade, tendo em conta o volume de serviço que assoberba o Ministério Público.

16 - Concluído o exame do fato e do direito aplicável à espécie, se o parecerista entender que o caso enseja a condenação do réu, incumbe-lhe examinar o núcleo do mérito, isto é, a(s) pena(s) que o réu se faz merecedor. Portanto, ao lado do exame do mérito substancial (14, *supra*), o parecerista está obrigado a indicar ao Tribunal a(s) pena(s) que lhe parece justa, seguindo os critérios de dosimetria indicados, didaticamente, no art. 68 do CP. Torna-se desnecessário frisar que se a pena for mínima (dosada no mínimo legal) ou se nada há para ratificar em relação à sanção penal imposta, basta, apenas, abordar o tema em tópico destacado, seguido de breve observação. Pode ocorrer, ainda, que a pena seja merecedora de censura mas que, em face da preclusão, não mais possa ser tocada. Nesse caso, nada impede a referência à matéria com a indicação de que o tema está coberto pelo manto da preclusão.

Em se tratando de pena privativa de liberdade, impõe-se, também, o exame do Regime (inicial ou integral) do cumprimento da sanção corporal.

É evidente que se o parecerista manifestar convencimento de que o caso comporta absolvição, fica ele eximido, por razões óbvias, de examinar a sanção penal imposta no primeiro grau de jurisdição ou de propor qualquer outra perante o Tribunal, já que estaria violentando sua própria consciência. Vale anotar que, nesse momento, não mais se encontra em jogo matéria preliminar¹³, mas sim o mérito da acusação. Caso o Tribunal discorde do pensamento do Ministério Público, entendendo ser hipótese de condenação, cabe-lhe decidir o caso como entender de direito, ficando o parecerista desvinculado da complementação do parecer no que respeita à sanção penal.

Uma vez fixada a pena proposta, impõe-se ao parecerista examinar os eventuais efeitos secundários da condenação. Tais efeitos são também denominados de efeitos reflexos ou acessórios. Como sabido, eles podem ser de natureza penal ou extrapenal. Assim, por exemplo, se o réu estiver no gozo do *sursis* por outro processo, cabe ao parecerista requerer ao Tribunal que dê ciência ao juiz das execuções da eventual condenação, para os fins do art. 81, I e § 1º do CP. Nesse caso, estaríamos diante de um efeito penal da condenação.

Pode, também, postular, se for o caso, o confisco, cogitado no art. 91, II do CP. Seria um efeito secundário extrapenal da condenação, já que de natureza civil. Tudo dependerá, evidentemente, dos limites do recurso, isto é, até que ponto o efeito devolutivo foi concedido ao Tribunal para a tomada de todas aquelas providências.

Ao lado dos efeitos secundários, cabe, por fim, ao parecerista postular ao Tribunal a aplicação de duas regras básicas que defluem da condenação, que são conseqüência lógica da condenação. A primeira consiste na imposição ao vencido na lide do pagamento das custas do processo, tal como determinado no art. 804 do CPP. O único vencido que não é condenado a pagar custas é o Ministério Público, por razões óbvias. A segunda conseqüência será a inclusão do nome do imputado no rol dos culpados após a condenação definitiva (art. 5º, LVII da Constituição Federal). A condenação definitiva, como sabido, só se dará após a ocorrência da coisa julgada formal.

17 - Outra providência, esta com caráter eventual e episódico, que o parecerista deve tomar consiste na postulação ao Tribunal da tomada de providências judicialiformes, objetivando apurar irregularidades administrativas ou até mesmo infrações penais verificadas no curso do processo. Em relação aos crimes e contravenções há texto expresso na lei processual básica determinando a providência por parte dos juízes (art. 40 do CPP). Tal se dará, evidentemente, quando verificada a existência, em tese, de crimes de ação pública incondicionada. O dispositivo em tela é decorrência lógica da observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal. As providências judicialiformes, também chamadas de atividade judiciária em sentido estrito, são atos não-jurisdicionais praticados pelos juízes. Consistem em atividade anômala do Poder Judiciário, que, em um processo

penal moderno, dele deverão ser retirados, concentrando-se no Ministério Público, pois a *persecutio criminis* é atividade administrativa típica do Ministério Público; não do juiz. Juiz julga.

É preciso observar que, caso o Tribunal se omita no atendimento à providência judicialiforme pretendida pelo Ministério Público, nada impedirá que o próprio órgão de atuação do Ministério Público perante o Tribunal traslade peças do feito criminal e as remeta para o Procurador-Geral, para que, se for o caso, tenha início a persecução criminal pretendida, uma vez que, ao Judiciário, não cabe vedar tal atividade persecutória, salvo em caso de evidente e inequívoco abuso de autoridade. Cabe-lhe, isto sim, rejeitar a futura ação penal proposta mas nunca obstar a investigação criminal por parte do *Parquet*, assegurada na Constituição Federal (art. 129, I e VIII).

18 - O parecer tem sua conclusão com a(s) proposta(s) final de julgamento por parte do Ministério Público. Caso a opinativa tenha sido articulada, isto é, dividida em tópicos numerados¹¹, a referência aos diversos temas versados torna-se extremamente fácil, propiciando pronta indicação da prestação jurisdicional pretendida. Em caso contrário, caberá ao parecerista elaborar uma síntese de tudo aquilo que deseja ver julgado.

O fecho do parecer dá-se com a data, a assinatura e a indicação do cargo do parecerista. Quanto ao último tópico, é bom de registrar-se, atualmente o Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria pode substituir o Procurador de Justiça, em caso de licença ou afastamento de suas funções junto à Procuradoria de Justiça (art. 22, III da LONMP). Em ocorrendo tal situação, cabe ao órgão de execução apor, após a assinatura, o seu cargo, usando a expressão “Promotor de Justiça no exercício da Procuradoria de Justiça”.

19 - Seja-me concedido, ao final dessas despretensiosas observações sobre a forma do parecer, veicular algumas ponderações, que entendo sumamente úteis para o parecerista, no dia-a-dia do seu estafante trabalho, nem sempre destacado com o merecido relevo.⁷ São cuidados, que, no meu entendimento, podem prevenir desnecessários aborrecimentos. A vida, por si só, já é extremamente difícil. Por que, então, torná-la mais arestosa?

a) - A primeira observação que me vem à mente refere-se à redação do parecer. Ela deve ser, na medida do possível, sóbria e clara. O parecer, em outras palavras, deve revestir caráter substantivo. Evite-se, tanto quanto possível, o uso de adjetivação agressiva para com o réu. Afinal, réus *res sacra*. Por mais hedionda que seja a infração penal, o parecerista deve conter sua pena, policiando sua linguagem, ciente de que o processo

⁷ Nesse ponto merece especial destaque a Egrégia 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal, onde exerci, como titular, a Procuradoria de Justiça por quase 05 anos (novembro de 1982 a março de 1987), pelo apreço que, sempre, conferiu aos pareceres do Ministério Público e pelo fidalgo tratamento deferido a seus membros. Na impossibilidade de homenagear a todos os juizes com quem servi, destaque, de forma especial, os Presidentes da 1ª Câmara, naquele período, os atuais desembargadores José Lucas Moreira Alves de Brito, Dalmo Silva e Américo Augusto Guimarães Canabarro Reichardt.

nasceu, justamente, como forma civilizada de composição dos litígios. E esta há de ser uma fórmula que deve ser preservada a todo o custo. Como diziam os Doutores da Igreja Católica, “odeio o pecado mas amo o pecador”. No processo penal não deve haver diferença: puna-se, com justiça, a infração penal mas trate-se o réu com caridade. Aplique-se a máxima *forte in re, suaviter in modo*.

b) - Parece-me desnecessário ressaltar o respeito que é devido aos nossos colegas de Instituição, aos magistrados e aos advogados. A censura que se tenha que fazer ao trabalho de qualquer um deles deve limitar-se à chamada crítica científica. Sempre que um deles afastar-se dos parâmetros da boa educação, do respeito e da ética, o parecerista deve dirigir-se aos órgãos corregedores de cada uma das instituições a que estão os mesmos subordinados, evitando o uso de linguagem desabrida no processo. Uma coisa é certa: não se pode exigir elegância de atitude da parte de quem não a tem. Daí o caminho alvitado, pois de nada adiantará expor idéias para um aldravão. As “Escrituras” ensinam, com propriedade, que “não se atirem pérolas aos porcos”. Se o diálogo culto e elegante não for possível, evite-se o “bate-boca” e tome-se a via da correição.

c) - Outro aspecto a ser considerado relaciona-se com o tratamento diferenciado que merecem nossos colegas de Ministério Público. A LONMP determina que os Procuradores exerçam inspeção permanente dos serviços dos Promotores de Justiça os autos em que oficiem, remetendo relatório à Corregedoria-Geral do Ministério Público (art. 19 § 2º). Nos relatórios que envio bimestralmente à Corregedoria do Ministério Público (Portaria “E” nº 04, de 29.03.74), passei, a partir deste ano (1994), em obediência à lei, a elogiar colegas que, no anonimato dos processos desconhecidos, se destacam em seu trabalho. Antes já tomara tal providência, porém agindo de forma empírica. O Procurador de Justiça pode, também, optar por remeter, ao final do ano, a relação completa dos nomes dos nossos colegas que se destacaram no período, de preferência tomando por base processos sem repercussão, pois justamente aí é que se pode melhor auferir o valor intelectual e a dedicação ao serviço público por parte dos nossos colegas.

Ao lado dessa salutar providência, impõe-se, também, que o parecerista ressalte, quando do opinamento, no próprio corpo do parecer, o trabalho do Promotor de Justiça, citando, inclusive, seu nome, sempre que se deparar com um bom pronunciamento de nossos colegas. É dever de justiça e incentivo para o colega mais novo.

d) - Outra observação final, que entendo oportuna, está ligada ao parecer do Procurador de Justiça nos processos do Júri. Costuma-se dizer que o Relator deve ter cuidado para, quando do seu voto, não influenciar o jurado em futuro julgamento. É possível que tal afirmação apresente foro de verdade uma vez que o Tribunal decide, bem ou mal julga a matéria que lhe é apresentada, e, como tal, pode exercer considerável influência sobre o jurado. Porém, a orientação, que pode ser boa para o julgador, não serve para o Ministério Público. O parecer do Procurador de Justiça deve ser fundamentado, tal como ocorre nos demais casos, uma vez que a opinativa não se dirige ao jurado mas ao

Tribunal. Assim, por exemplo, se o réu é absolvido pelo Tribunal do Júri e o Ministério Público perante o primeiro grau de jurisdição apela com fulcro na letra “d” do permissivo processual (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), o parecerista, se entender que o órgão do *Parquet*, recorrente, está com a razão, deve fundamentar sua *opinio*, tal como faria em qualquer outro caso, de maneira a convencer o Tribunal de que o recurso está a merecer provimento. Se, mais tarde, eventualmente, tal parecer vier a ser citado, no Júri, como adminículo para a acusação, pouco importa. Diga-se o mesmo sobre a fundamentação do parecer no caso de recurso contra a pronúncia ou a impronúncia. O defeito insolúvel que existe no processo do Júri reside na “interação esquizofrênica” que a lei procurou estabelecer entre o juiz togado e o juiz leigo, gerando situações esdrúxulas, já que, embora de forma limitada, permite a intervenção do Tribunal atuando, às vezes, como verdadeiro *judicium rescindens*. Na verdade a instância superior atua, em certos casos, como verdadeira *giurisdizione regolatrice*, verificando se ocorreu ou não *error in procedendo* (letra “a”) ou *error in judicando* (letra “d”), apenas rescindindo o julgamento e determinando a realização de novo júri, por outros jurados. Outras vezes dá-se ao Tribunal poder de correção plena (arts. 593 § 1º e 2º do CPP), pois que aí encontra-se em jogo exame de ato do juiz de direito que presidiu o Júri.

e) - Outra anotação importante diz respeito aos casos de aplicação de medida de segurança. Quando do exame do conteúdo do parecer, procurei dar ênfase ao tópico relacionado com a aplicação da pena (16, *supra*), ou seja ao núcleo do mérito. Ocupei-me, como era natural, da hipótese mais correntia, tanto mais que, diante do novo regime adotado na Parte Geral do Código Penal, os imputáveis não mais estão sujeitos à medida de segurança. Assim, na atualidade, tendo em conta que a reforma penal de 1984 adotou o sistema vicariante ou unitário, somente ocorre a imposição de medida de segurança aos inimputáveis e aos *demi-fous*, nos termos dos arts. 96 e seguintes do CP. Dessa forma, se for o caso, caberá ao parecerista ocupar-se do tema, indicando a espécie de medida de segurança aplicável à hipótese, opinando, inclusive, sobre o prazo mínimo de duração da medida, se o caso exige internação, se o agente está sujeito a tratamento ambulatorial ou, ainda, em se tratando de agente semi-responsável (art. 26 § único do CP), qual caminho deve ser seguido por força do sistema vicariante: pena reduzida ou medida de segurança. Como de fácil observação, uma gama bem ampla de situações jurídicas pode ocorrer, exigindo, por isso mesmo, do parecerista exame apurado do caso concreto. Seria ocioso ressaltar que tais providências relacionadas com a medida de segurança só terão condições de aplicação se houver a prática de fato descrito como crime e se presente a periculosidade do sujeito.

f) - Pode ocorrer, ainda, que, eventualmente, tenha o parecerista de manifestar-se a respeito da fiança prestada no curso do processo ou mesmo antes do ajuizamento da ação. Seu posicionamento, em ocorrendo a hipótese, irá variar, evidentemente, em função da posição que assumir em relação ao mérito. Se a opinativa for no sentido da

condenação do réu-afiançado, o dinheiro ou objetos dados como caução ficarão sujeitos ao pagamento das custas do processo (art. 804 do CPP), da indenização do dano *ex delicto* (art. 63 e seguintes do CPP) e da sanção pecuniária (arts. 336 c/c 49 e 60 do CPP). Já se o parecer manifestar-se pela absolvição do imputado, sugerirá, em relação à fiança, a aplicação do mandamento contido no art. 337 do diploma processual básico, tão logo passe em julgado a eventual absolvição.

g) - Se a *opinio* do parecerista orientar-se no sentido da absolvição do réu, impõe-se a indicação do fundamento legal em que se baseia a posição jurídica do parecer, tomando por base as causas de absolvição enumeradas no art. 386 do CPP. É que, ao lado do aspecto moral, sem dúvida importante para o imputado, há reflexos práticos envolvendo o ressarcimento do dano *ex delicto*, incumbindo, assim, ao Procurador de Justiça manifestar perante o colegiado julgador, com precisão, o dispositivo legal em que, no seu entendimento, deve encontrar fulcro a eventual absolvição.

h) - Ainda quando o parecer sugerir a absolvição, caberá ao órgão do *Parquet* oficiante manifestar-se, se for o caso, no sentido de que seja levantada a medida assecuratória consistente no seqüestro (art. 131, III CPP), bem como quanto à eventual hipoteca legal (art. 141 CPP).

20 - Prolatado o acórdão, o Procurador de Justiça toma ciência pessoal do *decisum*, tal como exige a lei processual penal (art. 800 § 2º) e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 41, IV). Será de todo conveniente que o “ciente” seja posto, sempre que possível, pelo Procurador de Justiça que oficiou no processo emitindo parecer. Ninguém melhor do que ele estará em condições de aquilatar se o caso comporta ou não a interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário, manifestações recursais que poderão ser interpostas pelo próprio Procurador de Justiça que oficia no Colégio ou, ainda, por intermédio da Assessoria de Recursos Constitucionais da Procuradoria-Geral de Justiça. Somente em caso de licença, férias individuais ou outro motivo legal de afastamento do Procurador de Justiça que oficiou no feito é que um outro Procurador, estranho ao processo, deverá apor “ciente” em acórdão relativo a processo em que não atuou. É mera questão de bom senso. Seria, no entanto, de bom alvitre que a Procuradoria-Geral de Justiça, mediante ato normativo, recomendasse ou, até mesmo, determinasse a adoção do critério aqui proposto, com as ressalvas também aqui assinaladas.

21 - Nada impede e até mesmo tudo aconselha que, quando da promulgação de um novo Código de Processo Penal, a matéria, aqui versada, venha a ser regulada, estabelecendo-se, então, as regras processuais que deverão reger o parecer do Ministério Público tal como ocorre, atualmente, com a sentença e o acórdão. É que o tema reveste caráter nitidamente processual, sendo mais adequado, do ponto de vista técnico, trata-lo em uma lei de processo do que deixá-lo à deriva, fragmentado em preceitos esparsos

da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Esta, ao contrário, deve abster-se, ao máximo, de tratar a respeito de questões processuais, pois diversa é a sua finalidade.

22 - Nem sempre será possível ao parecerista seguir, com rigor, a técnica aqui formulada, pois a riqueza dos casos concretos e a variedade de hipóteses que possam surgir ensejarão mudança de rumo na disposição das matérias ventiladas no presente estudo. Assim, não alimento, nem de longe, a pretensão de haver previsto todas as situações processuais com que se possa defrontar o parecerista. Tal como ocorre com a lei, seja-me permitida a analogia, por mais perfeita que ela seja nunca abrangerá a imensa variedade de hipóteses que possam ocorrer. Daí o trabalho de aperfeiçoamento e de interpretação das leis exercido, habitualmente, pelos doutrinadores e pela jurisprudência. Também, aqui, em relação ao parecer, busquei, nestas breves anotações, contemplar as situações jurídicas mais correntias, que, segundo entendo, o Procurador de Justiça terá que enfrentar em seu trabalho diário.

Ficam, no momento, registradas algumas regras básicas que poderão servir para nortear o parecerista criminal, na esperança de que elas possam ser úteis aos meus colegas do Ministério Público.

O parecer criminal do Ministério Público perante os Tribunais: ato essencial do processo¹

Sergio Demoro Hamilton

Querem fazer do Ministério Público a quinta roda do carro?

1. Vem de longe, na doutrina, a tendência de considerar indevido o parecer criminal emitido pelo Ministério Público perante o segundo grau de jurisdição, tal como regrado nos arts. 610 e 613 do CPP.

FREDERICO MARQUES e, mais recentemente, TOURINHO estão entre os autores que mais fustigam a presença do Ministério Público naquela fase, muito embora fazendo uso de argumentações distintas. O simples fato de dois totens do processo penal brasileiro assumirem posição doutrinária tão radical em relação ao *thema* é motivo, mais que suficiente, para meditação.

2. FREDERICO MARQUES,² no início da década de sessenta do século passado, considerava “errônea e infeliz a disposição contida no art. 610 do CPP, sobre a abertura de vista ao procurador-geral”. Porém, sustentava que, naquela disposição, a participação do *Parquet* “só se afina com os princípios do nosso processo penal se for entendida em termos restritos”. E acrescentava: “o procurador-geral só deveria ter vista dos autos não para neles officiar, e sim para tomar conhecimento da causa e acompanhar seus trâmites pelo juízo *ad quem*”.

Sem deslustrar o grande mestre do processo penal a quem todos reverenciamos, confesso minha perplexidade a respeito dos termos vagos e imprecisos com que a matéria está posta em seu ensinamento. O que pretenderia o douto professor ao afirmar “tomar conhecimento da causa” ou, ainda, “acompanhar seus trâmites”? Ele mesmo, sentindo a indefinição do que antes dissera, justifica a vista para que o procurador-geral verifique se deve ou não fazer sustentação oral da acusação, buscando colocar-se a par das questões debatidas no recurso. Portanto, no seu entendimento, a tanto se resumiria a atuação do *Parquet* nos tribunais: sustentação oral do procurador de justiça quando do julgamento da causa, caso assim desejasse.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 15, p. 255-261, jan./jun. 2002.

² JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, p. 221, Forense, Rio, 1965, 1ª edição.

Do mesmo sentir é a posição de TOURINHO³ se bem que por razões outras. Salienta o eminente professor de processo penal que o Ministério Público, na segunda instância, deveria limitar sua atuação à análise dos processos “sob o aspecto formal”, deixando o mérito para ser apreciado pelos Tribunais. Segundo ele, o procurador de hoje é o promotor de ontem, a impedir que o Ministério Público fique equidistante das partes. Decerto haveria uma tendência natural em prol da acusação até mesmo por mero *esprit de corps*. Não esclarece o renomado processualista o que seja o “aspecto formal” do recurso, ao afastar o *Parquet* do exame da questão de fundo. É justo especular-se que estaria a restringir a atividade do procurador de justiça ao exame dos pressupostos objetivos do recurso (previsão legal, tempestividade e formalidade legal) bem como dos subjetivos (sucumbência, interesse e legitimidade). Terminaria aí sua atuação, sem dúvida, bem mais limitada que a do Promotor de Justiça! Ou será que estarei errado na interpretação da sua lição, sempre respeitável, a respeito da matéria?

3. Para um perfeito exame do assunto, cumpre estudá-lo, inicialmente, à luz do Texto Magno. Com efeito, dispõe o art. 127 ser o Ministério Público instituição essencial à função jurisdicional do Estado com a incumbência da defesa da ordem jurídica. O aludido dispositivo integra a Seção I do Capítulo IV da Carta Magna que cuida das funções essenciais à justiça.

Já tivemos a oportunidade de analisar a questão em outra ocasião e para fins outros,⁴ mostrando que a questão ontológica que se põe repousa, unicamente, no exame do conceito que o vocábulo essencial encerra.

Que vem a ser função essencial?

Como ensinam os dicionários, função essencial é aquela que não pode ser postergada, justamente por ser indispensável, integrando a natureza das coisas.⁵ Daí que a obrigatoriedade da presença do Ministério Público no processo penal assume o caráter de norma imperativa, de *ius cogens*, de maneira que não é lícito interrogá-la para qualquer fim, em razão do que a Lei Maior dispôs. Em caso contrário, seria pura retórica a colocação que a matéria ganhou perante a Constituição Federal de 1988. Estaríamos diante de um discurso primoroso da Lei das Leis, porém vazio de conteúdo, destinado a não operar no plano real.

Quando se faz alusão à essencialidade da presença do Ministério Público no processo penal, há que se entender que sua atuação se dará de forma *plena*, abrangendo *todas* as questões discutidas no recurso, quer aquelas de forma quer aquelas de fundo. Para

³ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Código de Processo Penal Comentado*, vol. 2, p. 361, Editora Saraiva, 5ª edição, 1999.

⁴ O *thema* mereceu delongado exame por ocasião do meu estudo “A questão do Promotor *ad hoc*”, in *Temas de Processo Penal*, p. 229 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2ª edição, 2000.

⁵ AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª edição, Editora Nova Fronteira, p. 574.

tanto, deverá exarar parecer *escrito*, necessariamente fundamentado, como exige a *Lex Maxima*, pois, segundo ela, obrigado está a indicar, *sempre*, “os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (art. 129, VIII). Além disso, terá a faculdade de realizar sustentação oral perante o Tribunal, desde que entenda cabível a providência. Em ambas as ocasiões, abrangendo qualquer matéria, substantiva ou processual, por ventura agitada no recurso.

Ao contrário do que sustentam aqueles eminentes professores, nunca assaz louvados, seria inconcebível a presença mitigada do Ministério Público perante o segundo grau de jurisdição somente para fazer eventual sustentação oral (como entende FREDERICO MARQUES) ou, ainda, para dizer se o recurso é tempestivo, se houve sucumbência, se a parte dispõe de legitimidade *et quid genitu* (como sustenta TOURINHO). É interessante observar que FREDERICO MARQUES não exclui o exame, ainda que parcial, da questão de fundo, ao passo que TOURINHO somente admite que o Ministério Público se manifeste sob o aspecto formal, vedando ao procurador de justiça a discussão de qualquer questão de mérito, sob o argumento de que faltaria ao membro do Ministério Público a necessária isenção para o exame daquela matéria, pois o Procurador de hoje nada mais é que o Promotor de ontem.

Penso, *data venia*, que o Ministério Público não merece tamanha desconfiança. Vai longe o tempo em que se via no Promotor um acusador sistemático, colecionador dos anos de condenação que obtivera, no exercício das suas atribuições, para enriquecer seu currículo. Na atualidade, dentro de uma visão moderna da Instituição, não mais se concebe tal postura.⁶ Não conheço um trabalho de doutrina que defenda tal ponto de vista totalmente superado. Todas as escolas de formação do Ministério Público ensinam ser dever da Instituição pugnar por um *processo justo*.

Dessa maneira, o *Parquet* atua como *custos legis*, eqüidistante das partes, quando chamado a valorar o fato penal em julgamento. Assim deve ser. Averbese que o Ministério Público não julga, não estando, dessa forma, o Tribunal vinculado ao seu pronunciamento, tal como ocorre em relação ao pedido de absolvição apresentado pelo Promotor de Justiça na primeira instância (art. 385 do CPP). Se houver excesso acusatório, os juízes saberão depurar o parecer, dele escoimando o que entenderem incabível.

É justamente por tal razão que, como fiscal da lei, o procurador de justiça fala por último (arts. 610, parágrafo único e 613 do CPP). Diversa, porém, situa-se a disciplina que a lei emprestou às razões finais do promotor de justiça perante o primeiro grau de jurisdição. Lá, como parte autora, o Ministério Público postula em primeiro lugar (arts. 500, I e 538, § 2º do CPP), norma também seguida em todas as leis extravagantes.

⁶ Em longo e minucioso estudo, elaborado em 1992, procurei esboçar as linhas gerais que um bom parecer criminal deve conter, analisando não somente os aspectos técnicos mas ferindo, igualmente, o comportamento ético do parecerista para com o juiz, o réu e seu advogado. Para eventual consulta, veja-se: *Justitia*, vol. 169, p. 09 e seguintes, 1995, Órgão do Ministério Público de São Paulo.

No entretanto, mesmo atuando como parte, ele o faz de forma imparcial, pugnano, quando for o caso, pela absolvição do réu (art. 385 do CPP), podendo, inclusive, recorrer contra uma condenação que repute injusta.

Vale a observação de que constitui nulidade a falta da intervenção do Ministério Público em *todos* os termos da ação por ele intentada e nos da proposta pela parte ofendida quando se tratar de ação pública (art. 29 do CPP), consoante dispõe o art. 564, III, “d” do CPP. Verifica-se, destarte, que a presença do *Parquet* é erigida no processo penal à qualidade de norma perfeita, cuja inobservância sofre a sanção de nulidade.

Guarda, assim, a lei processual penal perfeita consonância com o tratamento que a matéria recebeu perante a Constituição Federal ao considerar inafastável a presença do Ministério Público no processo penal, sem fazer qualquer distinção entre a sua atuação na primeira instância e aquela do parecerista oficiante no segundo grau de jurisdição.

4. Cabe destacar que tanto o art. 610 como o 613 do CPP não usam o vocábulo “parecer”, indicando, apenas, que os autos “irão com vista ao procurador-geral pelo prazo...” e, em seguida, passarão ao relator, e, após, ao revisor (quando for o caso).

Porém, como é óbvio, a vista destina-se à prolação de parecer, até porque a Lei Magna exige dos membros do Ministério Público, em qualquer caso, a indicação dos “fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (art. 129, VIII), tal como ocorre com a magistratura judicante (art. 93, IX). Incumbe assinalar que o próprio professor JOSÉ FREDERICO MARQUES alude ao fato de que os autos são enviados, com vista, ao procurador de justiça para fim de parecer, seguindo, após ele, ao relator...⁷

Para que fim outro o recurso iria ter às mãos do procurador de justiça?

Para ele apor seu “visto”?

Ou ainda, para dizer que o recurso é tempestivo. E ponto final!

Ou, finalmente, para protestar que, no momento oportuno, faria sustentação oral?

Evidentemente que não. Seria risível manter-se um Procurador de Justiça ocioso, vazio de funções no Tribunal!

Com o devido respeito que nutro pelas opiniões contrárias ao meu pensamento, não posso admitir como aceitáveis tais colocações doutrinárias, ainda que originárias de nomes que me mereçam o maior respeito e admiração.

5. Chego, agora, a uma questão crucial, que, ao meu pensar, bem demonstra a essencialidade do parecer. Estou a referir-me ao prequestionamento⁸ da questão federal constitucional indispensável para a eventual interposição do recurso extraordinário (Súmula 282-STF) por parte do Ministério Público. Sabe-se que, se a questão

⁷ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, p. 254, Forense, Rio, 1ª edição, 1965.

⁸ Há autores que não usam a forma aglutinada do vocábulo, preferindo adotar pré-questionamento.

constitucional não foi ventilada na decisão recorrida, a Turma ou Plenário não conhecerá do apelo raro por contrariar a jurisprudência predominante do Excelso Pretório. Aliás, em tal caso, o próprio relator, quando do ingresso da causa na Suprema Corte, poderá julgar prejudicado o extraordinário assim interposto (art. 21, IX, e § 1º do RISTF). Por sinal, o prequestionamento da matéria constitucional deve ter origem no apelo da parte, impondo-se, então, que o Tribunal, ao julgar o recurso, venha a manifestar-se sobre a *questão* e, caso não o faça, cumpre ao interessado opor embargos de declaração em relação ao ponto omissis da decisão (art. 619 do CPP). Pois bem: o interessado não é somente a parte recorrente, mas também o parecerista que examinou a questão antes do julgamento e que, como fiscal da lei, poderá opor embargos de declaração no objetivo de suprir a omissão do *decisum*. Ora, caso não houvesse atuado no segundo grau de jurisdição emitindo parecer sobre questão constitucional, o Ministério Público jamais poderia recorrer extraordinariamente pois não abordara, de forma expressa e mediante parecer escrito, o tema ensejador do extraordinário. Demais disso, como poderia opor embargos declaratórios, quando cabíveis, caso não tivesse manifestado opinamento por ocasião do parecer ministerial a respeito do *thema decidendum*, pois sequer estudara a matéria, deixando-a registrada no corpo dos autos, tudo nos termos da Súmula 356 do STF. Trata-se de tema complexo, sujeito a severo juízo de admissibilidade, que não admite improvisação.

Aliás, fico a indagar, perplexo, no final das contas, que faria o procurador de Justiça na segunda instância?

De que valeria dar-lhe ciência do acórdão se ele não manifestou sua *opinio* sobre o recurso, pois, como sabido e ressabido, não está ele vinculado ao entendimento do promotor de justiça, recorrente ou recorrido, que oficiou perante o juízo *a quo*?

Acrescente-se que o Promotor de Justiça recorrente não atua perante o Tribunal.

Diga-se o mesmo, *mutatis mutandis*, em relação ao recurso especial, pois também ele fica sujeito ao prequestionamento na decisão recorrida da questão federal suscitada. Como de conhecimento comum, a Constituição Federal de 1988 criou o recurso especial com o objetivo de substituir o recurso extraordinário quando em jogo questão federal relacionada com a uniformização da interpretação das leis federais infraconstitucionais. Daí que o especial, basicamente, segue procedimento assemelhado ao do apelo extremo.

Ora, sem parecer ou com parecer mutilado (o que dá no mesmo), como poderia o procurador de justiça interpor recurso especial, pois, sequer, oficiara nos autos examinando o(s) recurso(s) em toda a sua extensão?

Para que dar-lhe ciência do *decisum*?

Para adornar os autos com um pomposo “ciente”, tendo em conta que inexistiria, nos autos, qualquer vestígio escrito e documentado de sua presença no decorrer do procedimento recursal perante o Tribunal?

6. Não bastassem todos os argumentos expendidos até aqui e teríamos outro, agora definitivo, que põe término a qualquer discussão que a matéria ainda pudesse ensejar. Refiro-me à lei federal que exige, expressamente, a participação *efetiva* e não apenas formal do Ministério Público perante o Tribunal. Ela vem indicada no art. 41, III, da Lei 8625, de 12.2.93 (LONMP), onde está dito que constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício da sua função:

(*omissis*) ...

“III – ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria do fato.” (grifo meu)

Pode-se observar que a lei faz perfeita distinção entre os dois momentos processuais:

a) a vista após a distribuição ao Colégio respectivo para parecer;

b) sustentação oral e esclarecimento de matéria de fato (se for o caso) por ocasião de sua intervenção nas sessões de julgamento.

Caso não houvessem estes dois momentos, na sua atuação, a conjunção aditiva “e” ficaria deslocada no texto.

Examinando o dispositivo em questão, assinala DECOMAIN⁹ que:

“A prerrogativa na verdade constitui verdadeira *regra do Direito Processual*, definindo-se em que momento caberá ao Ministério Público intervir nos feitos nos quais lhe incumba *oficiar*, quando estes estejam tramitando perante a segunda instância judiciária.

Cuida-se de *prerrogativa relacionada a procedimento* e, como tal, diretamente *ligada também ao processo*, razão pela qual era e é passível de disciplinamento através de lei da União, em especial ordinária (*cf.*, art. 22, I, competência da União para legislar sobre direito processual) [destaques meus].

Verifica-se, destarte, que a matéria é *processual*, não comportando tergiversação.

Portanto, o ato de *oficiar* perante os Tribunais há de ser exercido *plenamente* sob pena de violar-se a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da

⁹ PEDRO ROBERTO DECOMAIN, *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*, p. 347, Editora Obra Jurídica, 1996, Florianópolis, Santa Catarina.

CF), *mare magnum* onde desaguam todas as demais garantias processuais de índole constitucional (contraditório, juiz natural, promotor legal e ampla defesa).

7. Torna-se necessário, ao findar, tecer severo reparo a certa corrente doutrinária que vislumbra na atuação do Ministério Público perante os Tribunais a função de órgão consultivo.¹⁰ O procurador de justiça não oficia como órgão consultivo de qualquer juiz ou Tribunal. Para tanto, os magistrados dispõem de assessores que lhes prestam relevantes serviços de consultoria. Tal colocação, de todo equivocada, demonstra total erronia a respeito do que seja a presença do Ministério Público nos feitos criminais que lhe vão com vista. Assessor não recorre, é subordinado ao juiz, fazendo o que juiz lhe determina. O procurador de justiça, ao contrário, serve à lei, através do seu parecer *isento*, que se distingue, basicamente, do parecer apresentado pela parte interessada na defesa da sua pretensão recursal (geralmente elaborado por jurista de nomeada contratado pelo interessado). Seu opinamento resguarda completa liberdade de opinião, valendo notar que nem mesmo o procurador-geral pode interferir no seu pronunciamento em razão da sua independência funcional assegurada pela *Lex Legum* (art. 127 § 1º, *in fine*, da CF). Tal disposição constitucional vem reafirmada na Lei 8.625, de 12.2.93 (LONMP) em seu artigo 41, V.

Considero, pois, com todas as vênias possíveis e imagináveis, erro crasso qualquer assemelhação que se possa fazer entre o consultor e o procurador de justiça.

8. Minha finalidade nestas breves e despretensiosas linhas foi, antes de tudo, informativa, buscando desfazer equívocos. No entanto, não pude deixar de aflorar, na medida em que os diversos temas ganhavam desenvolvimento, diversos juízos de valor, deixando bem nítidas minhas próprias opções, coincidentes, sem dúvida, com o moderno conceito de Ministério Público.

Rio, outono de 2001.

¹⁰ SEABRA FAGUNDES, *Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil*, p. 44, 1948, *apud op. cit.* in nº 01, dessas notas, pp. 220/221.

As ações de impugnação no projeto de Código de Processo Penal¹

Sergio Demoro Hamilton

1. O Projeto de Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009), em seu Livro IV, trata das ações de impugnação, ocupando-se da matéria em três capítulos: Da Revisão (I), do Habeas Corpus (II) e do Mandado de Segurança (III). No momento, vamos examinar, apenas, a ação de revisão.

2. Ao tratar da revisão o Projeto regula a matéria no art. 627 ao art. 634, apresentando algumas novidades bastante significativas do ponto de vista processual.

No Código dos anos 40, ainda em vigor, a revisão criminal é classificada entre os recursos (Capítulo VII, do Título II, do Livro III – art. 621 a art. 631), quando, na verdade, ela nada mais é que uma ação de impugnação visando a desconstituir a sentença condenatória viciada de nulidade ou revestida de injustiça manifesta acobertada pela suma preclusão. O vocábulo sentença, *in casu*, assume sentido amplo, abrangendo, como é óbvio, o acórdão. Assemelha-se, assim, à ação rescisória do processo civil. Porém, enquanto esta fica sujeita a prazo decadencial (art. 495 do CPC), a revisão, no crime, pode ser proposta a qualquer tempo, pelo próprio réu antes da extinção da pena ou mesmo após (art. 622 do CPP e art. 628 do Projeto), bem assim, quando já ocorrida a morte do condenado, pelas pessoas legitimadas a agir na hipótese (art. 623, *in fine*, do CPP e art. 629 do Projeto), este contendo inovações, que serão objeto de análise no decorrer do presente estudo, pois, ao lado delas, inclui, com inteiro acerto, o Ministério Público como legitimado a agir. Na doutrina, usa-se a feliz expressão “reabilitação da memória” para indicar a ação proposta quando já ocorrido o óbito do réu. No cível, ambas as partes, autor ou réu, conforme o caso, podem ajuizar a rescisória. Aqui, na revisão, ela é direcionada somente *pro reo*, não se admitindo a revisão *pro societate*.

3. A primeira observação que se pode fazer diz respeito ao adequado tratamento que a matéria recebeu no Projeto ao tratar da revisão criminal como ação de impugnação e não como recurso, como ocorre no direito vigente. Nesse ponto o tema é versado, não há como negar, dentro da melhor técnica.

É interessante pôr em relevo o ensinamento de Pontes de Miranda² ao assinalar que o recurso tem, como característica, o fato de ser uma via “impugnativa dentro da

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 43, p. 139-147, jan./mar. 2012.

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. v. 14, p 257, *apud Curso de Direito Processual Civil*, THEODORO JUNIOR, Humberto, v. 1, p. 634, 20ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997.

mesma relação jurídica processual da resolução judicial que se impugna”. Ora, sob o efeito da *res judicata*, o *decisum* só pode ser enfrentado, no crime, pelo caminho da revisão ou, em casos especiais, através de *habeas corpus*. Daí o louvável acerto da técnica adotada no Projeto.

4. Merece destaque o art. 629 do Projeto ao incluir o Ministério Público entre os sujeitos legitimados a ajuizar a revisão criminal.

Era velho anseio dos estudiosos da matéria, que cobravam do legislador aquela providência, sustentando que a lei deveria conferir, *expressamente*, ao Ministério Público a capacidade postulatória *pro reo*³.

Como já assinalamos, faz muito, a atuação do *Parquet*, em casos que tais, não têm por meta beneficiar o condenado, que, somente de forma reflexa, seria premiado. Longe de pugnar pelo interesse particular do sentenciado, o Ministério Público estaria agindo no exercício de suas funções institucionais, uma vez que o Estado não poderia cruzar os braços diante de uma condenação ilegal ou injusta. É o que dita a Constituição Federal (art. 127 e art. 129, II e IX). Cabe a indagação: haverá direito individual mais indisponível que o da liberdade individual? Somente a vida, de onde promanam todos os demais direitos, pode excedê-lo.

Portanto, o interesse público é o que sobreleva na ação do Ministério Público, quer na revisão criminal quer em outra qualquer atividade que venha a exercer.

Nem teria sentido que o *Parquet*, estando legitimado por lei para impetrar *habeas corpus* em prol do réu (ou mesmo do mero indiciado), estendendo-se tal direito em favor do sentenciado (art. 654 do CPP), bem como podendo apelar em favor do condenado (art. 577, parágrafo único, do CPP), não fosse dotado do direito de ação revisional.

Da mesma forma, o antigo Regimento Interno do Pretório Excelso conferia legitimidade ao Procurador-Geral da República para propor a ação revisional (art. 247).

No campo da legislação alienígena⁴, igualmente, concedem ao Ministério Público o poder-dever de postular a revisão, o *Codice di Procedura Penale* (art. 632, I, b) na Itália e o Código de Processo Penal Português (art. 450, I, “a”), aqui indicados sem qualquer preocupação exaustiva.

No mesmo sentido, o entendimento do saudoso Ministro Cordeiro Guerra⁵, que, por três décadas ornamentou o Ministério Público do Rio de Janeiro, tendo exercido o cargo de Procurador-Geral de Justiça (1962-1965) no extinto Estado da Guanabara.

³ Caso haja interesse, consulte-se meu estudo *A Revisão Criminal – Cinco Temas Provocativos*, in “Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”, pp. 69 e seguintes, nº 58, Jan-mar 2004, onde o tema “revisão criminal” ganhou tratamento mais completo.

⁴ Apud op.cit. in nº 2 destas notas, p. 73.

⁵ GUERRA, João Baptista Cordeiro. “O Ministério Público nos Processos de Mandado de Segurança e de Habeas Corpus”, RT 547/442, apud in *Código de Processo Penal Anotado*, Damásio E. de Jesus, p. 481, Edição Saraiva, 19ª edição.

Na doutrina, temos, ainda, a palavra relevante de Paulo Rangel⁶, igualmente defensor da legitimidade do *Parquet* para propor a rescisória penal.

Não se pode esquecer, da mesma forma, no campo doutrinário o trabalho apresentado por Eduardo Slerca⁷, ilustre Promotor de Justiça do *Parquet* fluminense, ao Instituto dos Advogados do Brasil, defendendo o mesmo ponto de vista.

Do mesmo sentir foi a conclusão da Comissão constituída no âmbito do Ministério Público do Rio de Janeiro para estudar a reforma do Código de Processo Penal⁸. É, pois, com redobrado prazer, que o MPRJ constata o acolhimento da sua sugestão, ora incorporada ao Projeto.

Aliás, o próprio Código de Processo Civil confere ao Ministério Público legitimidade para propor a ação rescisória (art. 487, III), o que serve para demonstrar a grave lacuna do atual Código de Processo Penal.

Portanto, merece elogio o Projeto, pelo aperfeiçoamento técnico conferido à matéria.

5. E na hipótese de reabilitação da memória?

Ainda assim o Ministério Público estaria legitimado a agir, desde que, evidentemente, chegue ao seu conhecimento a ocorrência de fato motivador e ocorra a ausência de iniciativa do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do revisionando.

6. O art. 629 do Projeto alude, no *caput*, ao procurador legalmente habilitado e, no parágrafo único, ao defensor. São duas situações distintas. A cabeça do dispositivo, ao que me parece, dispõe a respeito da legitimidade *ad causam* para agir do procurador legal e do réu, ao passo que o parágrafo respectivo refere-se ao defensor; este último nada mais é que mero representante processual do condenado.

Aqui tem sentido a crítica que já fizemos alhures⁹, por permitir-se a possibilidade de o próprio condenado ajuizar a revisão criminal, dispensando-se a sua representação processual por meio de advogado.

Tal como consta do Projeto, a petição inicial poderá ser redigida e assinada pelo próprio condenado. É o que registra o art. 629, parágrafo único, ao deixar claro que “no caso de revisão *proposta pelo próprio condenado* ...” (destaques meus). Incide, assim, na mesma orientação do atual CPP (art. 623) que, a bem da verdade, sempre

⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 6ª edição, pp. 758/760, Editora Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁷ SLERCA, Eduardo, em trabalho direcionado ao Instituto dos Advogados do Brasil (setembro de 2002), indicação de nº 47/02.

⁸ A Comissão em questão viu-se criada pelo Ato nº 1331, de 08 de setembro de 1997, na gestão do Procurador-Geral de Justiça Hamilton Carvalhido (por coincidência, o Ministro que presidiu a Comissão que elaborou o Anteprojeto de CPP, atual Projeto). Compunham o referido colegiado os Procuradores de Justiça Sergio Demoro Hamilton (Presidente) e José Muiños Piñeiro Filho e os Promotores de Justiça Afrânio Silva Jardim, Alexandre Viana Schott e Rogério Pacheco Alves. As sugestões foram adotadas pelo Procurador-Geral de Justiça, que as encaminhou ao então Ministro da Justiça, Iris Resende Machado, e ao Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, valendo como proposta oficial do MPRJ.

⁹ *Apud. op. cit. in* nº 02 destas notas.

mereceu aceitação por parte da maioria da doutrina e da jurisprudência. Segundo tal entendimento não haveria afronta ao art. 133 da Constituição Federal nem ao art. 1º, parágrafo primeiro, do Estatuto da Advocacia e da OAB, que reconhecem ser o advogado presença *indispensável* à administração da Justiça. A questão já fora objeto de debate desde o tempo do anterior Estatuto da OAB, lei federal posterior ao atual CPP, que, ao meu alvedrio, revogara o art. 623 do Código em vigor. Também, naquela oportunidade, predominava o pensamento no sentido de que a revisão poderia ser exercida, sem restrições, pelo condenado pessoalmente.

Assim não penso; não colhe o argumento segundo o qual o acesso à Justiça (art. 5º, XXV da CF) e a tutela à liberdade individual (art. 1º, *caput* da CF) devem sobrepor-se a qualquer preço à questão processual voltada para a capacidade postulatória em matéria de revisão criminal. É preciso ter em conta que a Carta Magna considera o advogado figura *indispensável* à administração da Justiça (art. 133). Por outro lado, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados, guardando compasso com a Constituição Federal, define como “atividade *privativa* da advocacia a postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário e nos Juizados Especiais (art. 1º, I, da Lei 8906, de 04.7.1994).

Não se pode estabelecer uma identidade de situações entre o *habeas corpus* e a revisão criminal, embora ambos sejam instrumentos direcionados à tutela da liberdade individual. Ora, no primeiro caso, exige-se direito líquido e certo, que não demanda conhecimento mais aprofundado da matéria em discussão. No caso da revisão, verdadeira ação constitutiva, fica ela sujeita a um processo de declaração, se bem que limitado, que exige a observância de uma série de requisitos que faz supor conhecimento técnico, como de fácil observação. Basta ler o Projeto (art. 627).

Como interpretar, então, o art. 629, parágrafo único, do Projeto evitando dissabores?

Entendo que, quando o Projeto faz referência à “revisão *proposta pelo próprio condenado*” (art. 629, parágrafo único), o dispositivo deve merecer a seguinte leitura: o condenado, caso não se valha de advogado constituído, deverá solicitar a nomeação de um defensor dativo. Ao invés de o defensor ter que apreciar toda a inicial feita por um leigo, seria a petição apresentada, desde logo, por quem se acha habilitado a redigi-la. Entretanto, tal se dará somente se o réu for necessitado. Em caso contrário abrem-se duas opções ao autor da ação revisional: ou o réu constitui advogado ou ele mesmo propõe a ação revisional tal como o permite o art. 629, parágrafo único, do Projeto, sujeitando-se, no último caso, aos riscos de ver sua pretensão rejeitada por inépcia.

A opinião que orienta a corrente majoritária sustenta que a revisão por sua índole constitucional não deve sofrer limitação de qualquer espécie. E foi ela acolhida pelo Projeto (art. 629, parágrafo único).

Trata-se, como já registrei, de uma ação constitutiva revestida de pressupostos técnicos, que devem obedecer, em sua substância, a uma série de exigências delineadas no art. 627 do Projeto e isto não é matéria para leigos.

Quando no exercício da Procuradoria de Justiça, perante a Seção Criminal do TJRJ, sempre que me deparava com uma revisão proposta pelo próprio condenado, não emitia parecer de mérito. Em respeito ao direito de petição do sentenciado e para não lhe tolher o acesso à Justiça, requeria, em tal hipótese, ao relator do feito que ensejasse vista à Defensoria Pública revestida de atribuição para atuar, no objetivo, *se possível*, de que o pedido ganhasse forma jurídica. Com tal providência, evitava arguir, desde logo, a inépcia da inicial, se fosse o caso evidentemente.

Portanto, nesse passo, entendo que o Projeto deveria ter vedado que o condenado leigo pudesse dispor de legitimidade para tomar a iniciativa de propor a ação de revisão sem assistência técnica de advogado. Diga-se o mesmo, em relação ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nos casos de substituição processual, caso desprovidos de habilitação técnica.

7. Não cogitou o Projeto de importante tema processual tratando a respeito do ônus probatório na ação revisional. Ada Pellegrini Grinover *et alii*¹⁰ sustentam ser equivocada a afirmação de que na revisão criminal o princípio do *in dubio pro societate* substitui o do *in dubio pro reo* do processo condenatório.

Com respeito que me merecem os autores em questão, ousou dissentir de tal opinião. O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) só pode vigorar até o momento em que a sentença penal condenatória passe em julgado. E ponto final!

A natureza jurídica da coisa julgada impõe o reconhecimento da “presunção de verdade”, componente inseparável da estabilidade da ordem jurídica. A máxima de Ulpiano *res judicata pro veritate accipitur* não ficou perdida no tempo.

Assim como cabe ao Ministério Público ou ao querelante (conforme o caso) provar os fatos constitutivos da pretensão punitiva, aqui, na revisão, incumbe ao condenado trazer prova pré-constituída de que o processo findo padece de um dos vícios a que se refere o art. 627 do Projeto. É que o réu tem contra si uma sentença condenatória trânsita. Cabe a ele desconstituí-la, provando os fatos que alega.

O Supremo¹¹, por sinal, comunga de tal entendimento, já tendo decidido que, em sede de revisão, há inversão do ônus probatório, não cabendo, pois, falar-se em presunção de inocência.

Tornaghi¹², ao examinar a natureza jurídica da revisão criminal, registra que o fundamento lógico da *res judicata* residiria na presunção *iuris tantum* de acerto da sentença transitada em julgado, salientando, ainda, o caráter meramente utilitário da

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *In Recursos no Processo Penal*, pp. 326/327, nota 220, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 3ª tiragem.

¹¹ RTJ 101/90, *apud Código de Processo Penal Anotado*, Damásio E. de Jesus, p. 481, Editora Saraiva, 19ª edição.

¹² TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, v. 02, p. 361, Editora Saraiva, 6ª edição, 1989.

coisa julgada, qual seja o de evitar que os feitos judiciais se eternizem, com prejuízo evidente para a segurança jurídica.

O Projeto, sem dizer expressamente que o ônus da prova cabe ao condenado (e podia fazê-lo), deixa claro que o requerimento do condenado será instruído com a certidão de haver *passado em julgado a sentença condenatória* (ou o acórdão) e com as *peças necessárias à comprovação dos fatos arguidos* (art. 631, parágrafo primeiro, do CPP).

Portanto, não resta dúvida que, mesmo diante do Projeto, o ônus probatório incumbe ao revisionando, cabendo-lhe evidenciar a ocorrência do *error in iudicando* ou do *error in procedendo* da sentença condenatória favorecida pela coisa julgada formal.

8. O art. 634 do Projeto estipula que no caso de responsabilidade civil do Estado, o tribunal poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. Houve, assim, tratamento diverso do que dispunha o art. 630 do atual CPP. Parte dele, mais precisamente o parágrafo segundo, já havia sido revogado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXV), que tornou incondicional a indenização por erro judiciário.

Outro aspecto a merecer destaque é que o art. 630 do CPP condiciona a justa indenização ao requerimento do interessado. O Projeto (art. 634) não mais exige tal requerimento no caso de responsabilidade civil do Estado. Cabe ao juiz fixá-la, haja ou não postulação da parte. Basta a demonstração da responsabilidade civil do Estado para a exigência de justa indenização, que será liquidada no juízo cível (art. 634, parágrafo único).

A questão que se põe relaciona-se com o fato de que a Fazenda Pública não se fez presente no juízo criminal e foi a partir dele que nasceu a pretensão civil. Na verdade, ali, na revisão, o Ministério Público (não a Fazenda) figura como parte passiva.

A professora Ada Pellegrini Grinover *et alii*¹³ manifestam entendimento no sentido de que, como a Fazenda Pública não foi citada no processo de revisão, o *Parquet* deve representá-la, não se limitando ao interesse penal, mas atuando na defesa do interesse civil da Fazenda.

Ouso dissentir de tal posição. Diante do perfil traçado pela Constituição Federal de 1988 é inconcebível possa o *Parquet* representar o interesse civil da Fazenda, já que a ele incumbe “a defesa da ordem jurídica” (art. 127 da CF), sendo-lhe vedado exercer outras funções que não guardem compatibilidade com a sua finalidade, tais como a representação judicial e a consultoria de entidade pública (art. 129, IX da CF)¹⁴.

No meu entendimento incumbirá à Advocacia Geral da União promover a defesa da União em relação ao interesse civil ou aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal exercer a mesma função perante as respectivas unidades federadas conforme promane a decisão condenatória da União ou dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.

¹³ *Apud. op. cit. in n° 09* destas notas.

¹⁴ *Apud* MAZZILLI, Hugo Nigro, *in Regime Jurídico do Ministério Público*. Editora Saraiva, 1993, p. 62.

O Pretório Maior já deixou bem claro que “interesse e fiscalização não se conciliam, pois quando o Procurador-Geral é advogado da Fazenda deixa de ser M.P. (RTJ 62/139)¹⁵.

Em que ficamos?

Não vislumbro caminho outro que não seja o chamamento ao processo de revisão de uma daquelas pessoas jurídicas para defender-se da pretensão de ressarcimento.

Haverá, sempre, o direito de regresso contra o causador do dano, desde que demonstrado o dolo ou a culpa por parte do causador do prejuízo para os cofres da Fazenda.

9. Tema, sem dúvida fascinante, que não se viu regulado no Projeto, refere-se à rescisória penal em relação às decisões do Tribunal do Júri.

Compreende-se a omissão em razão do fato de que tanto a doutrina como a jurisprudência amplamente dominantes sustentam a possibilidade de revisão criminal nos casos de decisão oriunda do tribunal popular.

Aqui, da mesma maneira, penso de forma diferente do entendimento majoritário. Com efeito, de acordo com o art. 5º, XXXVIII, letra “c”, da Constituição Federal, não se concebe possam os juízes de direito substituir os juízes leigos, no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Trata-se de jurisdição constitucional, não de mera questão de competência. É por tal razão que nas hipóteses do art. 593, III do CPP nem sempre o tribunal poderá atuar como *judicium rescindens* e *judicium rescisorium*. No caso da letra “d”, o tribunal *ad quem*, ao dar provimento ao recurso, limita-se a sujeitar o réu a novo julgamento por novos juízes leigos. Assim também deveria ocorrer em relação à revisão, não se admitindo nova apelação ou revisão pelo mesmo motivo.

Verifica-se que o legislador fez perfeita distinção entre casos distintos. De um lado veda a reforma da decisão pelo tribunal *ad quem* (letra “d”). Já o art. 593, III, parágrafos primeiro e segundo, permitiu ao tribunal retificar os veredictos. É que, nestas últimas hipóteses, está em jogo matéria em que o tribunal é o juiz natural por tratar-se de questão técnica, não se cogitando da culpa do réu. Esta só pode ser aferida pelo Júri. O tribunal, ao rever a sentença do juiz, pode fazê-lo em toda a sua plenitude pois atua dentro da sua própria jurisdição.

O mesmo não se dá em relação aos jurados; o veredicto sobre a culpa ou inocência do réu (letra “d”) é intangível, nele não podendo penetrar o tribunal, violando o juiz natural e a jurisdição constitucional. Pode, quando muito, remeter o acusado a novo júri, por uma única vez pelo mesmo fato. É assim deveria ser na revisão.

10. O Projeto, sem dúvida, no geral, tratou a revisão criminal com melhor adequação. Ao regular rescisória penal como ação de impugnação, corrigiu a defeituosa postura do atual CPP. Ao retirá-la da topologia dos recursos, marcou, não há negar, uma posição

¹⁵ *Apud. op. cit. in nº 13* destas notas, p. 177.15. *Apud. op. cit. in nº 11* destas notas, p. 361.

técnica mais refinada sob o aspecto processual. É certo que o atual Código de Ritos, ao classificá-la entre os recursos, teve em mira, quero crer, o fato de que o recurso nada mais é que ação. Nem por isso o critério adotado pelo atual código é merecedor de encômio.

Assinale-se que Tornaghi¹⁶ minimiza a discussão, para ele uma questão bizantina, preferindo designar a revisão como um “recurso excepcional”, muito embora considere a revisão “prima irmã” da rescisória civil. Ora, é sabido que o recurso tem como pressuposto a existência de um prazo legal para sua interposição. Dessa maneira, uma vez trânsita a sentença, não há falar em recurso singular, ou qualquer outra designação que se lhe dê, mas em mera ação rescisória. Aliás, é de acrescentar, a lição de Pontes de Miranda, acima referida (3, *supra*) segundo a qual o recurso nada mais é que uma via impugnativa que opera dentro da mesma relação jurídica processual; tal não se dá na revisão que impugna a *res judicata* em ação distinta.

11. Outro ponto nobre do Projeto consiste em legitimar o Ministério Público para ajuizar a revisão (art. 629 do Projeto).

Como já salientado (4, *supra*), na doutrina, incontáveis vozes da maior respeitabilidade defendiam a legitimidade do *Parquet* para a providência, pelas razões indicadas no decorrer do presente estudo. Agora, porém, *legem habemus*, caso o Projeto venha a ser aprovado nos termos em que se encontra redigido.

Dá-se, assim, maior amplitude, para que se possa reparar qualquer erro, próprio da precária justiça dos homens.

12. Haveria outros aspectos a merecerem destaque em tema de revisão criminal. No momento, o presente trabalho viu-se voltado, de forma especial, para o Projeto de CPP, ressaltando os pontos, que, em nosso entendimento, apresentam maior relevância.

24.06.2011

¹⁶ *Apud. op. cit. in* nº 11 destas notas, p. 361.

A revisão criminal – cinco temas provocativos¹

Sergio Demoro Hamilton

1. Classificada entre os recursos pelo Código de Processo Penal (Capítulo VII, do Título II, do Livro III - arts. 621 a 631), na verdade a revisão criminal nada mais é que uma ação autônoma destinada à impugnação da sentença condenatória trânsita. O vocábulo sentença, *in casu*, é tomado em seu sentido amplo para abranger, igualmente, o acórdão. Assemelha-se, assim, à ação rescisória do processo civil. Porém, enquanto esta fica sujeita a prazo decadencial (art. 495 do CPC), a revisão pode ser proposta a qualquer tempo antes da extinção da pena ou mesmo após (art. 622 do CPP), bem assim quando já ocorrida a morte do réu, pelas pessoas legitimadas a agir na hipótese (art. 623, *in fine*, do CPP). É a chamada reabilitação da memória. Igualmente, no cível, ambas as partes, autor ou réu, conforme o caso, podem ajuizar a rescisória; aqui, na revisão, ela é voltada somente *pro reo*.

No presente estudo, iremos focalizar alguns assuntos controvertidos envolvendo a revisão, muitos deles ainda não devidamente equacionados ou que, pelo menos, merecem ser revisitados na busca de uma solução que, em nosso sentimento, possa traduzir o melhor direito.

2. A primeira matéria que nos parece interessante por em destaque relaciona-se com o ônus probatório da ação revisional. Em conhecido trabalho versando a respeito dos recursos em sede processual penal, ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*² sustentam ser equivocada a afirmação de que, na revisão criminal, o princípio do *in dubio pro societate* substitui o do *in dubio pro reo* do processo penal condenatório, incumbindo, destarte, ao condenado, autor na ação revisional, o ônus da prova de suas alegações.

Sustentam aqueles ilustres professores, em seu apreciado estudo sobre os recursos, que, em qualquer tipo de processo penal, “nenhuma presunção pode superar as estabelecidas em favor do acusado ou até mesmo do condenado”, embora reconheçam que a presunção de inocência, em termos constitucionais, só vigore até que a sentença penal condenatória passe em julgado (art. 5º, LVII, da CF).

Ouso manifestar meu dissentimento em relação a tal compreensão do tema. Incumbe fazer, na espécie, breve incursão a respeito da natureza jurídica da coisa julgada. Embora sobre a questão existam várias teorias explicativas, como todos têm

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 18, p. 215-227, jul./dez. 2003.

² GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *Recursos no Processo Penal*, pp. 326/327, nota 220, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 3ª tiragem.

conhecimento, não resta dúvida que uma das mais relevantes é a da “presunção de verdade” da coisa julgada, necessária, sem dúvida, à estabilidade da ordem jurídica. É certo que se trata de matéria controversa, tendo em conta que ultimada a coisa julgada formal, “a segurança e a pacificação social do direito querem algo mais”, para usar a passagem de LIEBMAN³, ao versar sobre o assunto. Isto justifica a ação rescisória no processo civil e, com maior razão, a revisão criminal em sede processual penal, uma vez que, nesta última, pode estar em jogo a própria liberdade individual do condenado.

Na verdade, a sentença condenatória, operada a coisa julgada formal, até que venha a ser desconstituída, presume-se como acertada e verdadeira, pois do contrário seria monstruosa iniquidade manter-se alguém condenado (e, eventualmente, preso) sem que a decisão traduzisse um ato de justiça do Estado-Juiz. Daí que, ao meu pensar, a máxima de ULPIANO *res judicata pro veritate accipitur*⁴ goza, ainda, de plena atualidade.

Por tal razão – e somente por ela – é que cabe ao peticionário o ônus probatório na ação de revisão, assim como, antes, no decorrer do processo de conhecimento e de declaração, incumbiu ao autor (Ministério Público ou querelante) provar os fatos constitutivos da pretensão punitiva, sem prejuízo da aplicação do disposto na parte final do art. 156 do CPP⁵.

Daí, a existência da ação rescisória no cível e da revisão criminal no processo penal, como modelos de aperfeiçoamento da precária justiça dos homens. Aliás, vendo a temática por outro ângulo, tive a ocasião de salientar, quando da apreciação do processo de execução penal, o equívoco do sistema de recursos adotado na Lei de Execução Penal (LEP). Naquela oportunidade, apontara o perigoso caminho traçado pelo legislador, quando, no art. 197 da LEP, dispôs que das decisões proferidas pelo juiz da execução caberá recurso de agravo *sem efeito suspensivo*. Ora, a opção errônea da lei decorre do fato de que não se pode tratar com os mesmos preceitos legais situações processuais diversas em sua ontologia, ou seja, o processo de execução e o processo de conhecimento, quando em jogo a liberdade individual. Neste, a regra é a liberdade, em razão do princípio da presunção de inocência (ou da não-culpabilidade) [art. 5º, LVII, da CF], somente sendo possível a privação da liberdade individual em caráter cautelar, nos casos e na forma admitidos pela lei. Não assim em relação à execução. Aqui, o réu tem contra si uma *sentença condenatória transitada em julgado*. Por tal razão, defendi,

³ LIEBMAN, Enrico Tulio, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, pp. 152/153, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1945. Para o consagrado mestre, a coisa julgada não constitui um efeito da sentença mas sim algo que se acrescenta aos seus efeitos. Um mero atributo.

⁴ ULPIANO, L. 207. *Dig. de Regulis Iuris, apud*, CARLETTI, Amilcare, *Dicionário de Latim Forense*, p. 463, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., São Paulo, 7ª Edição, 1997.

⁵ Em relação à parte final do art. 156 do CPP, ressalvo a minha opinião no sentido de que ela só tem abimento *pro reo*, nunca *pro societate*. Para uma explanação mais ampla a respeito do ônus probatório no processo penal, veja-se o meu estudo “A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia” *in*: *Processo Penal - Reflexões*, p. 127 e seguintes, e, de modo especial, consultando-se a nota 14, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

naquela oportunidade, a posição de que, em algumas hipóteses, o recurso do Ministério Público devesse merecer efeito suspensivo⁶.

Voltando ao nosso assunto específico, incumbe assinalar que o Pretório Maior já reconheceu, ao meu ver com inteiro acerto, que, em sede de revisão, há inversão do ônus probatório. No sentido do texto, veja-se: *RTJ* 101/90. Na mesma direção podem ser consultados: *RT* 600/329 e 747/649, bem como *JTJ* 230/350 e *RJDTACrimSP*, 24/505 e 507⁷.

TORNAGHI⁸, ao deter-se no exame do conceito da natureza jurídica da revisão criminal, salienta que a *res judicata* tem fundamento meramente utilitário, qual seja, o de evitar que os pleitos judiciais se eternizem, com evidente prejuízo para a ordem e para a segurança jurídica. Assinala, porém, que, ainda que se pretendesse atribuir-lhe um fundamento lógico, “esse somente poderia ser o da presunção, *iuris tantum*, de acerto da sentença, que transita em julgado”.

Dessa maneira, fica demonstrado que a presunção só não deve subsistir em homenagem à verdade real⁹, diante da qual a coisa julgada cede lugar.

Por tais razões, entendo não haver qualquer heresia ao afirmar-se que na ação revisional incumbe ao revisionando o ônus de provar o *error in iudicando* ou o *error in procedendo* da sentença condenatória favorecida pela coisa julgada formal.

3. Outra matéria que me parece instigadora em sede de revisão criminal consiste em saber se o Ministério Público está legitimado a propor a rescisória penal¹⁰.

Já tivemos a oportunidade de estudar a matéria em outra ocasião e para outros fins, defendendo o entendimento segundo o qual a lei deveria conferir *expressamente* ao Ministério Público tal capacidade postulatória *pro reo*¹¹. Na realidade, a atuação do

⁶ Para um melhor exame do *thema*, o eventual leitor encontrará algum subsídio em meu trabalho “Questões e Questiuículas de Processo Penal”, in: *Processo Penal - Reflexões*, p. 207 e seguintes, de modo especial em o nº 05, p. 214 e sgts., Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁷ Jurisprudência coletada do *Código de Processo Penal Anotado*, DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 481, Editora Saraiva, 19ª edição.

⁸ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, vol. II, p. 361, Editora Saraiva, 6ª edição, 1989.

⁹ O princípio da verdade real, cantado em prosa e em verso no processo penal, deve ser entendido nos seus exatos limites, não passando de um mito dar-lhe valor absoluto. A própria revisão criminal é um bom exemplo da sua relatividade, pois não se admite a revisão *pro societate* (art. 623 do CPP). Diga-se o mesmo em relação ao recurso de embargos infringentes e de nulidade somente autorizado ao réu (art. 609, parágrafo único, do CPP).

¹⁰ Ao examinar a natureza jurídica da revisão, Tornaghi usa feliz expressão para designá-la como “prima-irmã da ação rescisória”. *Apud op. cit.*, in nº 7, dessas notas, p. 361.

¹¹ Esta foi a proposta apresentada pela Comissão constituída no âmbito do Ministério Público pelo Ato nº 1331, de 08 de setembro de 1997, do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Hamilton Carvalhido, para o fim de estudar a reforma do Código de Processo Penal. Compunham a referida Comissão os Procuradores de Justiça Sergio Demoro Hamilton e José Muiños Piñeiro Filho, bem como os Promotores de Justiça Afrânio Silva Jardim, Alexandre Viana Schott e Rogério Pacheco Alves, cabendo ao primeiro presidi-la. As sugestões foram adotadas pelo Procurador Geral de Justiça, que as encaminhou ao Srs. Ministros de Justiça de então, Iris Rezende Machado, e do Supremo Tribunal Federal, Dr. Marco Aurélio Mello, valendo como proposta oficial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Para uma consulta a respeito das diversas sugestões

Parquet não estaria voltada no sentido de beneficiar o condenado, que somente de forma reflexa seria premiado. Ao promover a revisão, o Ministério Público, longe de defender o interesse particular do sentenciado, estaria atuando rigorosamente no exercício de suas funções institucionais, voltado, unicamente, para a exata aplicação da lei, pois o Estado não pode quedar-se inerte diante de uma condenação injusta. É o que se encontra dito, com letras de ouro, na Constituição Federal em seus arts. 127 e 129, II e IX. Haverá, porventura, direito individual mais indisponível que o da liberdade individual? Somente a vida pode excedê-lo, pois dela promanam todos os demais direitos.

Demais disso, repugna ao bom senso que o *Parquet* se encontre legitimado expressamente pela lei para impetrar *habeas corpus* em prol do réu (ou do indiciado, ou, até mesmo, em favor do condenado), tal como o permite o art. 654 do CPP, bem como disponha da faculdade de apelar em favor do condenado (art. 577, § único, do CPP) e não se legitime para exercer o direito de ação revisional no objetivo de desconstituir uma condenação nula ou injusta. Observe-se, mais uma vez, que, em todas essas situações, o Ministério Público não atua voltado para o interesse particular eventualmente beneficiado pela medida mas sim na defesa de interesses e direitos indisponíveis, missão maior da Instituição.

É de observar-se, ainda, que não haveria qualquer novidade em nossa legislação, caso a lei viesse a contemplar a providência. Na verdade, as Constituições de 1891 (art. 81 § 1º) e de 1934 (art. 78, 3) ensejavam ao *Parquet* a providência revisional¹². A Carta Magna de 1891 fixava a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da revisão, ditando que ela poderia ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República. É certo que o Procurador-Geral da República, na época, era escolhido dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, por designação do Presidente da República (art. 58, § 2º), pois o Ministério Público ainda não contava com uma carreira organizada. Por seu turno, a Lei Maior de 1934 dava competência à Corte Suprema para rever em benefício dos condenados, nos casos e na forma determinada em lei, os processos findos em matéria criminal, atendendo a requerimento do réu, do *Ministério Público* ou de qualquer pessoa (art. 78, 3, destaque meu).

Da mesma forma, o antigo Regimento Interno do Pretório Maior legitimava o Procurador-Geral da República para propor ação revisional (art. 247).

Dessa maneira, houve, não há negar, um retrocedimento em nosso direito positivo ao tolher-se ao *Parquet* a providência revisional, atuação, sem dúvida, perfeitamente identificada com a própria finalidade histórica da Instituição.

apresentadas, naquela oportunidade, pela referida Comissão, veja-se a *Revista do Ministério Público- RJ*, 3ª fase, nº 08, 1998, pp. 275 e seguintes.

¹² *Constituições do Brasil*, da Coleção de Códigos Liber Juris, 1º volume, organizada por Floriano Aguiar Dias, edição de 1975.

No campo da legislação alienígena, igualmente, concedem ao Ministério Público o poder-dever de postular a revisão o *Codice di Procedura Penale* (art. 632, I, *b*), na Itália, e o Código de Processo Penal Português (art. 450, I, *a*), aqui referidos sem qualquer pretensão exaustiva¹³.

De toda a sorte, impõe-se que a lei venha, de forma expressa, a legitimar, tal como já ocorreu no passado, o Ministério Público para propor a rescisória penal.

Porém, a matéria não se exaure de forma tão simplista. À míngua de texto expresso em nosso direito positivo estará, ainda assim, o Ministério Público impossibilitado de pleitear a revisão criminal?

Não resta dúvida que não mais dispomos da ação popular de revisão criminal, tal como consagravam as nossas Constituições de 1891 e de 1934. Com efeito, ambas legitimavam “qualquer do povo” ou “qualquer pessoa”, respectivamente, a requerer a revisão. Na atualidade, tal como aponta o art. 623 do CPP, somente as pessoas taxativamente indicadas naquele dispositivo podem postular a medida revisional. Em relação à nova orientação legislativa, vedando a ação popular, entendo acertada a providência, por evitar que os tribunais, já assoberbados de feitos, fossem atropelados por um número exacerbado de pedidos revisionais destituídos de qualquer fundamento. Trata-se de providência técnica, que não pode ser transformada em uma nova apelação. Era o que, fatalmente, ocorreria, caso fosse admitida a legitimação de “qualquer do povo” como autor daquela ação autônoma de impugnação. A ação popular tem sentido no *habeas corpus*; não assim na revisão, sujeita ao exame de condições de admissibilidade que exigem maior discernimento técnico. No entanto, volto a indagar: O Ministério Público fica impedido de agir pelo fato de não estar incluído no elenco dos legitimados a que alude o art. 623 do CPP?

No sentido de que o *Parquet* pode requerer a revisão criminal há antiga manifestação do saudoso Ministro Cordeiro Guerra¹⁴, que, por três décadas ornamentou o Ministério Público do Rio de Janeiro, tendo ocupado o cargo de Procurador-Geral de Justiça do extinto Estado da Guanabara.

Do mesmo sentir é o pensamento do Professor PAULO RANGEL¹⁵. Com efeito, registra aquele ilustre Promotor de Justiça que o art. 623 do CPP, como lei ordinária que é, deve ser interpretado em compasso com a Constituição e esta faz do *Parquet* o guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*). Assim, para o fiel desempenho de sua missão

¹³ Vale a anotação de que o diploma processual luso confere ao *Parquet* uma amplitude postulatória de grandes proporções, pois o pedido pode ser direcionado contra quaisquer decisões, sejam elas condenatórias, sejam elas absolutórias ou, até mesmo, contra a decisão de impronúncia. Veja-se, para fim de consulta, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, vol. IV, p. 585, Saraiva, 1997.

¹⁴ GUERRA, João Baptista Cordeiro. O Ministério Público nos Processos de Mandado de Segurança e de *Habeas Corpus*, in: RT 547/442, *apud op. cit.*, in nº 6, dessas notas, p. 484.

¹⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 6ª edição, p. 758/760, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

institucional, terá o *Parquet*, necessariamente, de dispor dos meios legais, para, através da via jurisdicional, realizar aquelas nobres finalidades assinaladas na Lei das Leis, restabelecendo a ordem jurídica violada em decorrência do erro judiciário.

Por tal razão, e dentro desta mesma ótica, o douto Promotor de Justiça do nosso Estado, Dr. Eduardo Slerca, em setembro de 2002, apresentou ao Instituto dos Advogados Brasileiros indicação de *lege ferenda* no sentido de incluir o Ministério Público no rol de legitimados para a propositura da revisão criminal. A indicação viu-se encaminhada à Comissão de Direito Penal da Casa de Montezuma, onde deverá receber parecer, para, após, se acolhida, ser encaminhada ao Congresso como provocação do próprio IAB à atividade legiferante daquele Poder de Estado (IAB, indicação 47/02).

Esta, sem dúvida, a via mais adequada para suprir a deficiência legislativa, corrigindo-se a omissão imperdoável do art. 623 do CPP, tal como alvitramos em nosso estudo datado de 1998¹⁶. Até lá, haverá sempre discussão doutrinária e divergência jurisprudencial sobre o *thema*, principalmente por parte do pensamento daqueles que ainda não se deram conta do novo perfil constitucional do Ministério Público, tão bem delineado na Carta Magna de 1988.

Enquanto tal não se der, parece-me acertada a posição doutrinária que vem sustentando o cabimento do provimento revisional por parte do Ministério Público, extraindo tal entendimento não só do texto da própria Constituição Federal como também da interpretação sistemática do próprio Código de Processo Penal.

4. Tema assaz interessante em sede de revisão criminal relaciona-se com o exame que deva merecer o art. 630 do CPP. Consta do dispositivo em questão que o Tribunal, se o interessado o requerer, quando do julgamento da revisão, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. Tais gravames, como sabido, decorrem da condenação injusta ou eivada de nulidade. Dela, não há negar, podem advir graves danos materiais e morais para o condenado. Aqui também já tive a ocasião de manifestar-me, voltado para finalidade diversa, ao examinar o entendimento esposado por respeitável corrente doutrinária que se ocupou da matéria, emprestando-lhe uma compreensão que não me sabe a mais adequada¹⁷.

Dispunha a lei, ao meu pensar com inteiro acerto, que a indenização não seria devida “se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder” (art. 630, § 2º, letra “a” do CPP).

¹⁶ *Apud op. cit.*, in nº 10 dessas notas.

¹⁷ O eventual interessado poderá encontrar algum subsídio sobre o assunto em meu estudo “Novas Questões de Processo Penal”, in: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº 19, abr.-maio de 2003, p. 07 e ss., no particular detendo-se no exame do nº 06 do aludido trabalho, feito no objetivo de oferecer sugestões para a tão decantada reforma do processo penal.

Havia, ainda, uma segunda ressalva que recusaria a indenização “se a acusação houvesse sido meramente privada” (art. 630, § 2º, letra “b” do CPP).

A primeira restrição, segundo entendo, não comporta dúvida, pois o condenado não poderia valer-se da sua própria falta para, mais tarde, vir a pretender indenização do Estado. Averbem-se que não vislumbro a necessidade de que o condenado tenha agido de boa ou má-fé. No último caso, não poderia invocar a própria torpeza para obter posterior vantagem, ao passo que no primeiro (quer tenha agido com culpa, quer tenha obrado até por motivo nobre) o Estado não haveria que responder por uma indenização, pois, *rebus sic stantibus*, o juiz bem decidira, dando ao réu a prestação jurisdicional que a prova dos autos estava a demonstrar.

Ocorria, ainda, uma segunda limitação ao dever de indenizar quando “a acusação houvesse sido meramente privada” (art. 630, § 2º, letra “b” do CPP). TORNAGHI¹⁸, deparando-se com a *quaestio*, entende que, nessa hipótese, o erro judiciário decorre do juiz e, conseqüentemente, do Estado. Caso o Estado sustente que foi induzido em erro pelo querelante, deve agir regressivamente contra ele ou chamá-lo ao processo (art. 77 do CPC).

Acontece que a Constituição Federal de 1988 tornou incondicional a indenização decorrente de erro judiciário, derogando, destarte, o § 2º em comento pelo fenômeno da não-recepção.

Não se discute aqui o dever de indenizar o condenado por erro judiciário; do mesmo passo não se põe em dúvida o dever de reparar o dano sofrido pelo réu que venha a ficar preso além do tempo estabelecido na sentença. Soa-me inadequada a forma genérica com que a matéria veio a ser posta na Constituição Federal de 1988.

É certo, assim alvitro, que não logrará êxito qualquer ação movida contra o Estado, desde que o autor se encontre em uma daquelas condições a que se referia o derogado parágrafo segundo, alínea “a”, do art. 630 do CPP. Porém, de qualquer forma, restou uma porta aberta para a propositura de futuras ações temerárias, a inundar o foro, já tão saturado de lides.

O art. 630 do CPP autoriza o autor da revisão, ao lado do pedido penal, como é óbvio, à pretensão civil no objetivo de obter “justa indenização pelos prejuízos sofridos”, procedendo-se à liquidação, como se impõe, no Juízo cível (art. 630, § 1º do CPP).

No entanto, o relevante ponto que nos levou a examinar o presente tópico prende-se ao ensinamento doutrinário de ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*¹⁹, quando assinalam que “essa pretensão civil, feita valer no juízo criminal, tem peculiaridades no sistema brasileiro, porquanto a Fazenda Pública – sujeito passivo da pretensão: parágrafo 1º do art. 630 – não é citada para se defender. Somente o

¹⁸ *Apud op. cit.*, in nº 07, dessas notas, p. 373.

¹⁹ *Apud op. cit.*, in nº 1 dessas notas, p. 332/333.

MP é parte passiva na demanda revisional, de modo que se deve entender que o *Parquet* representa no processo não apenas o interesse penal do Estado, mas também o interesse civil da Fazenda”.

Com todo o respeito que devoto àqueles eminentes mestres do processo penal, não concebo tal colocação. Não me surge possível, diante do perfil traçado para o Ministério Público pela Carta Política de 1988, possa o *Parquet* representar o interesse civil da Fazenda na revisão criminal. Em presença da nossa Constituição Federal, compete ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica” (art. 127) e isso diz tudo. Por outro lado, o art. 129, IX veda ao Ministério Público exercer outras funções que não sejam compatíveis com a sua finalidade, como por exemplo, a representação judicial e a consultoria a entidades públicas²⁰. Basta a simples leitura dos arts. 131 e 132 da Carta Magna para que se verifique o equívoco apontado. O primeiro daqueles dispositivos confere à Advocacia Geral da União a representação judicial da União, enquanto o segundo atribui aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercer aquela mesma função nas respectivas unidades federadas, conforme a condenação promane, respectivamente, da União (Justiça Federal) ou do Estado e do Distrito Federal.

O Supremo Tribunal Federal, chamado a pronunciar-se sobre a questão, já deixou bem claro que “interesse e fiscalização não se conciliam, pois quando o Procurador-Geral é advogado da Fazenda, deixa de ser MP. (RTJ 62/139, e, especialmente, p. 143)”²¹.

Sabe-se que a lei processual penal não previu a citação da Fazenda Pública, que, no caso, seria o sujeito passivo da pretensão civil de ressarcimento. Porém, ela não poderá ficar sem defesa, em face de eventual sucumbência que decorra do julgamento da revisão.

Como resolver o impasse?

Não haverá outro meio que não seja o seu chamamento ao processo de revisão, caso, evidentemente, ocorra, também, a pretensão civil por parte do revisionando.

Vale a ponderação de que a Constituição Federal, ao tornar incondicional a indenização decorrente de erro judiciário (art. 5º, LXXV), certamente teve em mira guardar coerência com o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, previsto de forma genérica no art. 37 § 6º, assegurando-se, naturalmente, o direito de regresso contra o agente do Estado responsável, nos casos de dolo ou de culpa manifesta.

Nunca, porém, perdoe-me o eventual leitor pela insistência, incumbirá ao *Parquet* defender os interesses da Fazenda Pública, podendo, inclusive, ao opinar na ação revisional, manifestar-se favoravelmente ao pedido do autor.

²⁰ Veja-se, a respeito, o ensinamento de HUGO NIGRO MAZZILLI, in: *Regime Jurídico do Ministério Público*, Editora Saraiva, 1993, p. 62. Ali está assinalada a necessidade da atuação do *Parquet* na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como no zelo do bem geral.

²¹ Manifestação jurisprudencial colhida *apud op. cit.*, in nº 19, dessas notas, p. 177.

5. A doutrina e a jurisprudência, em sua grande maioria, têm admitido a possibilidade de o condenado, pessoalmente, ajuizar a revisão criminal, dispensando-se a sua representação por meio de advogado²².

Nessa ordem de idéias, a petição inicial poderia ser redigida e assinada de próprio punho pelo condenado, uma vez que o art. 623 do CPP não afrontaria os arts. 133 da Constituição Federal e 1º, § 1º do Estatuto da Advocacia e a OAB, que reconhecem ser o advogado presença indispensável à administração da Justiça.

A questão já fora objeto de discussão ao tempo do anterior Estatuto da OAB, lei federal posterior ao Código de Processo Penal e que, ao meu alvedrio, revogara o art. 623 do Código de Ritos.

Também naquela época predominara o entendimento no sentido de que a revisão criminal deveria ser exercida sem restrições, podendo, assim, o próprio condenado exercitá-la, independentemente da assistência de advogado.

Com a nova ordem constitucional e com o novo Estatuto da OAB, o tema voltou a ser ventilado, gerando grande controvérsia, tendo em conta a indispensabilidade da presença de advogado, afirmada, de forma peremptória, pela Lei Maior.

O próprio art. 623 da lei processual apresenta-se extremamente defeituoso por não fazer distinção entre os legitimados para agir (legitimidade *ad causam*) e a capacidade postulatória. Aqueles seriam o condenado ou, no caso de morte do réu, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, situação processual contemplada na doutrina sob a feliz designação de reabilitação da memória. Estes, à luz da lei, os legitimados a agir. O procurador legalmente habilitado a que se refere o art. 623 seria o advogado do condenado, dotado de capacidade postulatória. Porém, a redação do aludido dispositivo, ao usar a disjuntiva sob a forma de alternatividade, faz entrever que um e outro estão legitimados para o processo e que, ambos, dispõem de capacidade processual.

Nasce daí, quero crer, toda a confusão.

A opinião que preside a corrente majoritária prende-se ao fato de que o direito à revisão, por sua índole constitucional, deve ser exercido de maneira ampla, sem limitação de qualquer espécie, justificando-se, destarte, o preceito legal do art. 623 em análise.

Não colhe o argumento de que o acesso à Justiça (art. 5º, XXV da CF) e a tutela à liberdade individual (art. 1º, *caput*, da CF) devem sobrepor-se a todo preço a qualquer limitação no que respeita à capacidade postulatória em matéria de revisão criminal. É preciso ter em conta que a Carta Magna, igualmente, considera o advogado como figura “indispensável à administração da justiça” (art. 133), estando a advocacia (Seção III), ao lado do Ministério Público (Seção I) e da advocacia pública (Seção II), incluídos entre as funções essenciais à justiça (Capítulo IV do Título IV). Por tal razão, o Estatuto

²² Podem ser registrados alguns julgados em favor de tal orientação: TACrimSP, Rv.Crim 269.940, 7º Grupo Câms., RT719/418, TJSP, Rv.Crim 50299, RJTJSP 106/464, *apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas, pp. 483/484.

da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, guardando compasso com a Lei Maior, define como “atividade *privativa* de advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais” (art. 1º, I, da Lei 8906, de 04-VII-1994) [destaque meu]. Abre exceção, como não poderia deixar de ocorrer, para a impetração de *habeas corpus*, ação popular por excelência que tutela a liberdade individual (Art. 1º, § 1º). Averte-se que, diante do Estatuto, nem mesmo perante os Juizados Especiais Cíveis dá-se a dispensa de advogado²³.

Ora, a revisão, no que respeita à sua natureza jurídica, apresenta-se como uma ação penal constitutiva, sujeita a um processo de conhecimento limitado, que requer a observância de uma série de requisitos técnicos. Em suma: não é matéria para leigos, dada a sua complexidade. Pensar em contrário será contrariar a própria natureza das coisas, fazendo com que os tribunais fiquem abarrotados de petições ineptas, quando redigidas pelo próprio condenado, que, na ânsia compreensível na busca da liberdade, encaminha ao Judiciário toda a sorte de postulações destituídas de qualquer base jurídica.

Ao meu tempo de Procurador de Justiça, perante a Seção Criminal de nosso Tribunal de Justiça (RJ), quando tais petições me vinham com vista, não emitia parecer de mérito. Em respeito ao direito de petição do condenado e para não lhe tolher o acesso à Justiça, sistematicamente requeria ao relator do feito que ensinasse vista à Defensoria Pública com atribuição no colegiado para que, *se possível*, desse forma jurídica ao pedido, sem prejuízo, caso assim o desejasse, de o próprio condenado escolher, no futuro, advogado de sua confiança.

Com tal providência, evitava argüir, desde logo, a inépcia da inicial formulada pelo próprio sentenciado, dando-lhe a oportunidade do exercício do sagrado direito de petição e de um completo e bem assistido acesso à Justiça.

6. Fascinante, não há negar, é a questão que envolve a revisão criminal em relação às decisões do Tribunal do Júri. A doutrina e a jurisprudência amplamente dominantes sustentam a possibilidade da rescisória penal sem limites nos casos da decisão oriunda do tribunal popular²⁴.

Aqui, também, penso de forma diferente de tão ilustres pronunciamentos. Com efeito, assegurando o art. 5º, XXXVIII, letra “c” a soberania dos veredictos, não me parece possam os juízes de direito substituir os juízes leigos, no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

²³ A matéria, nesse ponto, encontra-se *sub iudice* no STF, que suspendeu liminarmente a vigência do art. 1º, I, na parte relacionada aos juizados especiais, em ADI em curso naquela corte tendo por objeto diversos dispositivos da Lei 8906/94, ao argumento de infringência ao princípio do acesso à Justiça (*Apud op. cit.*, in nº 1 dessas notas, p. 623).

²⁴ PORTO, Hermínio Alberto Marques, *in Júri*, pp. 39/40, Editora Saraiva, 2001, no sentido indicado, com apoio nas opiniões valiosas de MARQUES, José Frederico e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Do mesmo sentir o Supremo Tribunal Federal, *in RTJ* 115/1114 e HC 67.737, DJU de 16-2-90, p. 930, *apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas.

Entenda-se bem o conceito de soberania (do latim *super omnia*, ao pé da letra, sobre todas as coisas); quando a Carta Política assegura tal predicado aos julgamentos do tribunal popular, não está ela afirmando que se trata de uma decisão incontrastável, impossível de ser revista, pois nenhuma providência humana merece tal regalia quando em jogo uma condenação criminal e, por via de conseqüência, a liberdade individual, tutelada no primeiro plano dos direitos e garantias fundamentais do homem (art. 5º, *caput*). Somente a vida guarda precedência em relação à liberdade, pois dela defluem todos os demais direitos, como já ressaltado.

O problema que se coloca consiste em saber se o juiz togado, em face do que dispõe a Constituição Federal, dispõe de *jurisdição* para rever o veredicto popular. Averte-se que, ao meu alvitre, não se trata de mera questão de falta de competência mas sim de ausência de jurisdição para reexaminar a decisão de mérito emanada do juiz leigo, decorrendo daí a impossibilidade da revisão da matéria pelo juiz de direito.

É preciso assinalar que o tribunal não fica tolhido de examinar o veredicto. Porém, ao desconstituí-lo, restaura a competência do Júri, único juiz natural dotado de *jurisdição*, reafirme-se, para, quanto ao mérito, julgar o réu nos crimes dolosos contra a vida.

Nem se argumente que a soberania do Júri cede a várias injunções, tais como o protesto por novo júri ou à apelação, nos casos previstos em lei. Tal linha de pensamento não se presta para justificar a possibilidade da adoção da revisão criminal como meio válido para, quanto ao mérito, substituir o julgado dos jurados. Em relação ao protesto por novo júri, é de ponderar-se que se trata de recurso de juiz leigo para juiz leigo. *Substantia non mutat*. É o próprio Júri, por novos jurados, que irá reapreciar o veredicto recorrido, desde que verificada a hipótese rara contemplada na lei. Portanto, não se sustenta o argumento que pretende estabelecer uma analogia entre as duas situações, pois, quando o Protesto, a jurisdição popular resta resguardada em toda a sua plenitude. É recurso de juiz natural para juiz natural, de leigo para leigo.

Diga-se o mesmo em relação à apelação, pois, quanto ao mérito, o Tribunal não revoga o veredicto, limitando-se a prover o apelo para que novo julgamento seja levado a efeito pelo Júri (art. 593, III, “d” c/c § 3º do CPP). Igualmente, na hipótese de nulidade posterior à pronúncia (art. 593, III, “a” do CPP) a instância superior limita-se a atuar como mera *giurisdizione regolatrice*, verificando a ocorrência ou não de *error in procedendo*. Portanto, não é em qualquer apelação que o juízo *ad quem* funciona como *judicium rescindens* e *judicium rescissorium*. Nos dois casos acima anotados, o máximo que o Tribunal poderá fazer consiste em rescindir o julgamento e determinar a realização de novo julgamento por novos jurados. Reafirmo: trata-se de matéria que envolve jurisdição e não mera questão de competência. Daí, parecer-me equivocada a analogia que se busca estabelecer entre aquelas duas situações processuais e a plena jurisdição que se pretende emprestar ao juízo revisional no exame do veredicto proveniente do tribunal popular.

Penso, porém, que em duas outras situações processuais torna-se possível que o juízo revisional possa rever a sentença emanada do juiz de direito que presidiu o julgamento. Isto se dará se a sentença do juiz presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dadas pelos jurados aos quesitos. Aqui, o juízo revisional fará a devida retificação. Diga-se o mesmo quando houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena.

Anote-se um dado importante: no caso, o Tribunal está revendo a sentença do juiz, portanto atuando dentro da sua própria jurisdição, buscando a decisão justa. Já nos casos anteriores, ele estaria cassando o veredicto, absolvendo um réu que fora condenado por seu juiz natural, o Júri, ou invalidando o julgamento ali proferido.

Portanto, o julgamento da revisão estará restrito, nos casos apontados, à rescisão do que ficou decidido pelo Tribunal do Júri, órgão julgador que continuará competente para o novo julgamento, tal como ocorre com a apelação.

7. Iniciamos o presente trabalho acenando para o equívoco do Código de Processo Penal ao classificar entre os recursos a revisão criminal, quando, na realidade, ela nada mais é que uma ação voltada para a rescisão de uma condenação coberta pelo manto da suma preclusão. Pondere-se, no entanto, que, embora indevida a topologia da revisão no Código de Ritos, vale a anotação de que o recurso, do ponto de vista ontológico, é ação, como já tive a oportunidade de analisar a matéria, em outra ocasião²⁵.

Observe-se que TORNAGHI²⁶, do alto do seu saber, minimiza a discussão que se instaurou no campo da doutrina a propósito da natureza jurídica da revisão, ao registrar que a dissidência perde substância “para os que sustentam que todo recurso é ação”, segundo ele uma questão bizantina, até mesmo entre os que assim não pensam, não vislumbrando, nessa maneira de ver, qualquer importância prática em que a lei discipline a revisão como ação rescisória ou como recurso. E observa, concluindo, que, nesse caso, será um “recurso excepcional”, caracterizado pelo fato de só caber de sentenças finais, isto é, aquelas transitadas em julgado. No particular, afasto-me do eminente processualista, meu professor sempre lembrado. Tenho como certa, certíssima, a afirmação no caminho de que recurso é ação. Porém, nem por isso merece aplauso a colocação dada pelo Código ao disciplinar a revisão como “recurso excepcional”, como quer TORNAGHI, ou, ainda, com qualquer outra designação que se lhe empreste. É remansoso que o recurso, seja ele qual for, tem como pressuposto objetivo a exigência do prazo legal para a sua interposição. Portanto, uma vez trânsita a decisão, isto é, protegida pela suprema preclusão, não há falar em recurso mas sim em ação rescisória do julgado. O Código de Processo Civil, acertadamente, trata, separadamente, os dois temas, ocupando-se da ação rescisória no Capítulo IV, do Título IX, do Livro I, que

²⁵ Para um exame mais pormenorizado do assunto, veja-se o meu estudo “O Recurso do Assistente do Ministério Público” in *Processo Penal – Reflexões*, pp. 153 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

²⁶ *Apud op. cit.*, in nº 7 dessas notas, p. 361.

cogita “Do Processo nos Tribunais” (arts. 485 a 495) e dos recursos no Título X (art. 496 e seguintes) do mesmo Livro.

No magistério de PONTES DE MIRANDA, o que caracteriza o recurso é ser uma via “impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual da resolução judicial que se impugna”²⁷. Ora, sob o efeito da *res judicata*, o *decisum* só pode ser enfrentado, no crime, pelo caminho da revisão. Daí a má disposição do Código de Processo Penal ao discipliná-la entre os recursos.

No trabalho de reconstrução do processo penal que vem sendo elaborado nos últimos anos, nem sempre para melhor, assinale-se, dar-me-ia por bem recompensado se algumas dessas notas esparsas, abordando a revisão, pudessem contribuir para o aperfeiçoamento técnico de nossa tumultuada legislação processual penal.

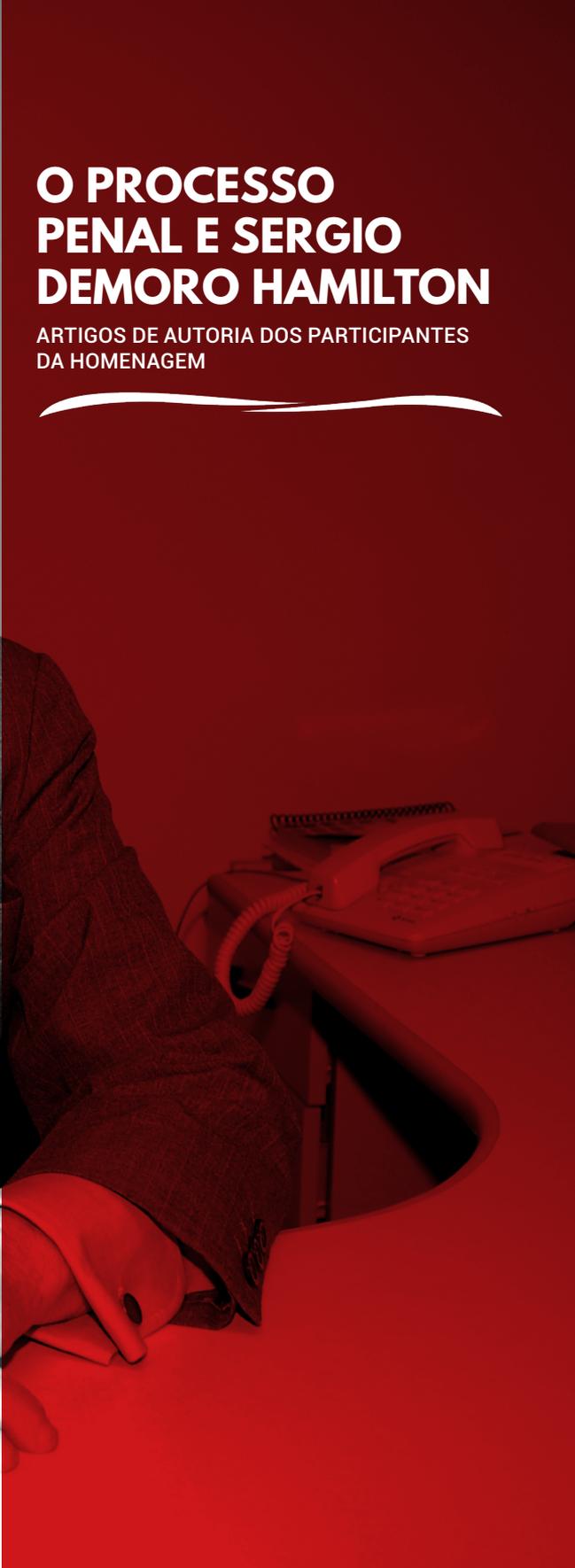
Inverno de 2003.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, v. XIV, p. 257, *apud Curso de Direito Processual Civil*, THEODORO JÚNIOR, Humberto, vol. I, p. 634, 20ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.



O PROCESSO PENAL E SERGIO DEMORO HAMILTON

ARTIGOS DE AUTORIA DOS PARTICIPANTES
DA HOMENAGEM



Breves comentários ao artigo “A Invocação do sobrenatural vale como prova?”

*Adolfo Borges Filho**

Sumário

1. Introdução. 2. Posicionamento do Professor Demoro sobre o tema. A ênfase na psicografia. 3. Síntese da abordagem crítica acerca desse posicionamento: licitude e admissibilidade da prova. Casos concretos. 4. Para além da psicografia. O exemplo do exorcismo católico. 5. Conclusão.

1. Introdução

No artigo que ora comentamos, “A invocação do sobrenatural vale como prova?”, o Professor Demoro aborda um tema delicado e, diríamos, pouco analisado pelos doutrinadores de Processo Penal. E o faz de forma concisa e instigante, pondo ênfase na tão conhecida *psicografia*, ou seja, a comunicação dos mortos por intermédio de um médium e através de escritos.

Primeiramente, o ilustre Mestre descreve a sua participação, ainda como promotor substituto, em um caso de estelionato envolvendo pessoa da classe alta do Rio de Janeiro, que teria sido vítima de dois indivíduos que receberiam *orientações* de um “Mago Peruano”, indiretamente responsável pela dilapidação de seu patrimônio durante um longo período de tempo. Acusados de estelionato, os dois acabaram sendo absolvidos a pedido do próprio Ministério Público, em alegações finais subscritas por nosso homenageado. O estelionato continuado não existira porque a prova acusatória estaria lastreada tão somente nessas *orientações* recebidas pelos réus e passadas ao sedizente lesado.

Em seguida, o foco se desloca para processos em que a *psicografia* teve um papel relevante na absolvição de acusados por crimes da competência do Júri, mencionando-se cartas advindas do além destinadas ao famoso médium Chico Xavier.

O cerne do artigo comentado consiste na perquirição sobre a licitude desse tipo de prova e, paralelamente, a sua admissibilidade no processo criminal, como um dos elementos indispensáveis à busca da verdade real em determinado caso concreto.

* Especialista em Filosofia e Existência pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RJ. *Visiting Scholar* na *Harvard Law School* no ano acadêmico 1980/1981.

2. Posicionamento do Professor Demoro sobre o tema. A ênfase na psicografia

À guisa de um comentário sintético e, ao mesmo tempo abrangente, acerca do posicionamento do consagrado autor, partiremos das “conclusões” finais onde se verifica a sua preocupação doutrinária na refutação à *psicografia* como meio de prova válida para a solução de determinada controvérsia penal. *In verbis*:

13. Pode-se, em resumo, chegar a algumas conclusões:

13.2) No caso da psicografia, por tratar-se formalmente de prova documental prevista em lei, não pode ela ser acoimada de prova ilícita;

13.3) Porém, trata-se de prova incabível para a demonstração dos fatos, não podendo servir de base quer para a condenação, quer para absolvição;

13.4) Como tal, deve ser expungida, desde logo, do processo, não ultrapassando a fase de admissão da prova;

13.5) Quando muito, caso chegue à fase de valoração da prova, merecerá desacolhimento;

13.6) De nada valerá o depoimento do médium, por evidenciar-se, no caso, uma verdadeira petição de princípio;

13.7) Não deixa de ser estranhável que a invocação ao sobrenatural se dê sempre em favor dos réus, buscando inocentá-los;

13.8) A psicografia tem sido admitida, ao que sei, em processos da competência do Júri, justamente em razão de que lá o veredicto é imotivado, sofrendo o jurado, pelas razões mais diversas, toda a sorte de influências (medo, superstição, credence etc.);

13.9) Não haverá qualquer cerceamento para a parte, caso o juiz não admita, desde logo, a produção de qualquer prova fundada no sobrenatural;

13.10) Qualquer fato que escape aos limites da nossa inteligência, no estágio atual de nosso conhecimento, não poderá merecer aceitação como prova. (*verbis*)

3. Síntese da abordagem crítica acerca desse posicionamento: licitude e admissibilidade da prova. Casos concretos

Os pontos nodais do artigo comentado situam-se, assim, no enfrentamento das seguintes indagações: *1ª*. A prova obtida do sobrenatural, colocando-se em relevo

a psicografia, é lícita ou ilícita? 2ª. Aceitando-a como lícita, pode ser *admitida* num determinado feito como meio de se alcançar a verdade real?

No tocante à primeira indagação, acompanhamos o ilustre Mestre no sentido de que a *psicografia* não pode ser considerada ilícita. A sua convalidação em prova documental é, a nosso juízo, razão suficiente para descaracterizar eventual ilicitude. Acrescente-se, ainda, que o contraditório não deixa de ser respeitado eis que a parte contrária poderá refutá-la alegando, *v.g.*, a não cientificidade da mesma.

Abra-se um parêntese para descrição de fato verídico ocorrido ao tempo em que exercíamos a promotoria de justiça de vara criminal, aqui no Rio de Janeiro, no início da década de oitenta. O magistrado, por diversas vezes, confidenciou-nos haver psicografado cartas de um espírito que o visitava, durante a madrugada, dele recebendo *orientações* relacionadas a processos nos quais deveria sentenciar. Não fazia essas revelações de forma acintosa ou impositiva; elas eram transmitidas, em conversas sigilosas, com um pedido de reflexão, quando da elaboração das alegações finais. Em alguns casos, a “psicografia” funcionou porque a nossa manifestação derradeira coincidia com o que fora “ditado” pelo espírito que visitava o magistrado. Houve, porém, casos (a maioria deles), em que opinamos pela condenação e a absolvição foi decretada por insuficiência probatória... Recorriamos e o Tribunal reformava a sentença.

Vê-se, portanto, que a prova psicográfica pode ficar, sim, “invisível” no sentido de não ser produzida abertamente pelas partes litigantes, mas pelo próprio julgador da causa, seguindo suas convicções religiosas. O mesmo pode acontecer com o membro do Ministério Público, no exercício de seu múnus.

Sabe-se que, no âmbito do Tribunal do Júri, vigora o sistema da *livre convicção* dos jurados, o que resulta na desnecessidade de fundamentação de suas decisões, autorizando-se, assim, a juntada ao processo de *cartas psicografadas* como prova documental legalmente permitidas e sujeitas, obviamente, ao crivo do contraditório.

Fato é que a garantia do Estado laico, que possui fundamento nos artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, da Carta Magna, não se confunde com o *princípio da livre apreciação das provas* por parte dos jurados, portadores, também, do direito à *liberdade de crença* como cidadãos.

Nas palavras do Professor Demoro: “Sabe-se, da mesma forma, que o procedimento probatório passa por diversas fases, a saber: a propositura da prova pela parte; a admissão da prova pelo juiz; a produção da prova; e, por fim, a valoração da prova pelo magistrado, por ocasião da sentença” (*litteris*). Concluindo-se pela licitude da prova, passa-se ao exame das fases do “procedimento probatório”. E nessa moldura delineada pelo Mestre, ousamos discordar do mesmo quando assinala que a prova obtida do sobrenatural esbarraria de logo na primeira fase desse procedimento: a admissibilidade.

Na esteira das colocações acima, Renato Marcão (“Psicografia e Prova Penal”, *site*: www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/psicografia-eprovapenal/655) contribui para o tema ao se posicionar no sentido da ausência de qualquer impedimento para a utilização de carta psicografada em matéria afeita ao Tribunal do Júri, não se podendo falar em ilicitude da prova e facultando-se o contraditório no momento da apresentação da prova em Juízo. *In verbis*:

Por outro vértice, em se tratando de julgamento pelo E. Tribunal do Júri, a aceitação tende a contar com menor restrição, não apenas em razão de se tratar de julgamento sem decisão motivada no que tange aos jurados, proveniente de formações ecléticas e multiculturais, mas, sobretudo, em razão dos apelos emocionais e religiosos tantas vezes explorados com maestria na Tribuna da Defesa. No sistema jurídico brasileiro não há como normatizar o uso do documento psicografado como meio de prova; seja para permitir ou proibir. O Estado é laico. *De prova ilícita não se trata. Se não está submetido ao contraditório quando de sua produção, entenda-se, quando da psicografia, a ele estará exposto a partir da apresentação em Juízo.* (Grifamos.)

À guisa de ilustração, trazemos à lume, nas linhas que seguem, trecho da monografia de conclusão do curso de Bacharelado em Direito, apresentada pelo aluno Daniel Delgado de Faria, em dezembro de 2019, no Departamento de Direito da PUC-RIO. Tivemos a honra de figurar como seu orientador e componente da banca examinadora. O trabalho, indicado para a publicação, é intitulado “Reflexões sobre a Verdade no Processo Penal”. Eis o excerto que destacamos do citado trabalho:

Nessa ótica, vale citar a figura de Francisco Cândido Xavier, não para exaltar sua imagem, mas, mantendo o rigor do presente trabalho, ilustrar um caso em que uma carta psicografada por esse médium, de moralidade indubitosa, foi utilizada em processo que tramitava no Tribunal do Júri.

Trata-se do caso em que o jovem José Divino Nunes, de 18 anos, foi acusado pela prática do crime de homicídio doloso contra Maurício Garcez Henrique, ocorrido em 1976.

Segundo consta dos autos, José Divino, junto com Maurício Garcez, brincava com uma arma de fogo, ocasião em que, acreditando que a mesma não estava municiada, disparou contra a vítima, o que resultou na sua morte.

Em 27/05/1978, o médium conhecido como Chico Xavier psicografou uma carta, cuja assinatura era de Maurício Garcez, na qual constava:

O José Divino nem ninguém teve culpa em meu caso. Brincávamos a respeito da possibilidade de ferir alguém pela imagem do espelho. Sem que o momento fosse para qualquer movimento meu, o tiro me alcançou, sem que a culpa fosse do meu amigo ou mesmo minha. O resultado foi aquele. Estou vivo e com muita vontade de melhorar (Polizio, 2009, p. 89).

A carta supracitada, por sua vez, foi anexada aos autos, sendo que, ato contínuo, o juiz competente prolatou a seguinte sentença:

Julgamos improcedente a denúncia, para absolver, como absolvido temos a pessoa de José Divino Nunes, pois o delito por ele praticado não se enquadra em nenhuma das sanções do Código Penal Brasileiro, porque o ato cometido, pelas análises apresentadas, não se caracterizou de nenhuma previsibilidade. Fica, portanto, absolvido o acusado da imputação que lhe foi feita. (Polizio, 2009, p. 92-93).

O decreto absolutório, no entanto, foi objeto de apelação por parte do Ministério Público, com a reforma do Tribunal de Justiça no sentido de promover uma nova audiência, após a qual foi determinada a absolvição do réu.

De fato, a partir da leitura do caso, insta consignar que, quando anexada aos autos, a carta psicografada adquire a qualidade de prova documental, pois se enquadra no conceito de documento em sentido amplo, por se tratar de “quaisquer escritos”, nos termos do art. 232, *caput*, do Código de Processo Penal. (*ipsis litteris*).

4. Para além da psicografia. O exemplo do exorcismo católico

O artigo do Professor Demoro instiga o leitor a ir mais além no estudo desse tipo de prova, que não se esgota na mediunidade ou em cartas psicografadas. Ele nos remete ao imaginário e ao encontro de casos em que toda a prova defensiva acaba se constituindo, diríamos, no âmbito do “sobrenatural”. É a hipótese do *exorcismo*, ritual canonicamente legalizado e praticado por padres da Igreja Católica para a expulsão de demônios que “possuíram” determinada pessoa.

Cite-se, a propósito, o que prescreve o Código Canônico, promulgado pela Constituição Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges*, de 25 de janeiro de 1983, no quinto ano do Pontificado de João Paulo II (em vigor a partir de 27 de novembro de 1983). Essa

legislação católica foi atualizada com a Carta Apostólica sob a forma de *Motu Proprio Ad Tuendam Fidem*, de 18 de maio de 1998.

Cân. 1166

Os sacramentais são sinais sagrados, mediante os quais, imitando de certo modo os sacramentos, são significados principalmente efeitos espirituais que se alcançam por súplica da Igreja.

Cân. 1167

§1º Somente a Sé Apostólica pode constituir novos sacramentais, interpretar autenticamente aqueles já reconhecidos e abolir ou modificar algum deles.

§2º *Na realização ou administração dos sacramentais, observem-se cuidadosamente os ritos e fórmulas aprovados pela Igreja.*

Cân. 1168

Ministro dos sacramentais é o clérigo munido do devido poder; certos sacramentais, de acordo com os livros litúrgicos, podem ser também administrados por leigos dotados das necessárias qualidades, a juízo do Ordinário local.

Cân. 1169

§1º Podem realizar validamente consagrações e dedicações àqueles que têm caráter episcopal, como também os presbíteros, a quem for permitido pelo direito ou por legítima concessão.

§2º As bênçãos, exceto as reservadas ao Romano Pontífice ou aos Bispos, podem ser dadas por qualquer presbítero.

§3º O diácono só pode dar as bênçãos que lhe são expressamente permitidas pelo direito.

Cân. 1170

As bênçãos, a serem dadas principalmente aos católicos, podem ser concedidas também aos catecúmenos, e até aos não católicos, salvo proibição da Igreja.

Cân. 1171

As coisas sagradas, que foram destinadas pela dedicação ou bênção ao culto divino, sejam tratadas com reverência e não se empreguem para uso profano ou não próprio a elas, mesmo que pertençam a particulares.

Cân. 1172

§1º Ninguém pode legitimamente fazer exorcismos em possessos, a não ser que tenha obtido licença especial e expressa do Ordinário local.

§2º Essa licença seja concedida pelo Ordinário local somente a presbítero que se distinga pela piedade, ciência, prudência e integridade de vida. (ípsis verbis, grifamos.)

Quando o *exorcismo* causa algum mal para o indivíduo “possesso” ou para outras pessoas envolvidas no ritual, a instrução do processo penal pode girar, quase que exclusivamente, em torno de prova obtida do sobrenatural. Para ilustração dessa assertiva, apelamos para o marcante exemplo do exorcismo praticado na alemã Anneliese Michel, falecida em 1º de julho de 1976. Recorremos a informações existentes no Google (*Wikipedia*) para a apresentação do fato com todas as suas circunstâncias mais relevantes, incluindo julgamento.

Anneliese Michel (Leiblfing, 21 de setembro de 1952 – Klingenberg am Main, 1 de julho de 1976) foi uma jovem alemã de família católica que acreditava ter sido possuída por uma legião de demônios, tendo sido submetida a uma intensa série de sessões de exorcismo pelos padres Ernest Alt e Arnold Renz em 1975 e 1976. O Caso Klingenberg, como passou a ser conhecido pelo grande público, deu origem a vários estudos e pesquisas, tanto de natureza teológica quanto científica, e serviu como inspiração para o filme *O Exorcismo de Emily Rose*, dirigido pelo cineasta estadunidense Scott Derrickson, e *Requiem*, dirigido pelo polêmico cineasta alemão Hans-Christian Schmid.

Logo após o falecimento de Anneliese, os padres Ernest Alt e Arnold Renz fizeram o comunicado do óbito às autoridades locais que, imediatamente, abriram inquérito e procederam às investigações preliminares.

Os promotores públicos responsabilizaram os dois padres e os pais de Anneliese de homicídio causado por negligência médica. O bispo Josef Stangl, embora tivesse dado a autorização para o exorcismo, não foi indiciado pela promotoria em virtude de sua idade avançada e seu estado de saúde debilitado, vindo a falecer em 1979. Josef Stangl foi quem consagrou bispo o padre Joseph Ratzinger, que no futuro se tornaria o Papa Bento XVI.

O julgamento do processo, que passou a ser denominado como o Caso Klingenberg (em alemão: *Fall Klingenberg*), iniciou-se em 30 de março de 1978 e despertou grande interesse da opinião pública alemã. Perante

o tribunal, os médicos afirmaram que a jovem não estava possuída, muito embora o Dr. Richard Roth, ao qual foi solicitado auxílio médico pelo padre Ernest Alt, teria feito a afirmação à época que não havia medicação eficaz contra a ação de forças demoníacas (*cf.* fonte original: “*there is no injection against the devil*”).

Os médicos psiquiatras, que prestaram depoimento, afirmaram que os padres tinham incorrido inadvertidamente em “indução doutrinária” em razão dos ritos, o que havia reforçado o estado psicótico da jovem e que, se ela tivesse sido encaminhada ao hospital e forçada a se alimentar, o seu falecimento não teria ocorrido.

A defesa judicial dos padres foi feita por advogados contratados pela Igreja. A defesa dos pais de Anneliese argumentou que o exorcismo tinha sido ato lícito e que a Constituição Alemã protege os seus cidadãos no exercício irrestrito de suas crenças religiosas.

A defesa também recorreu ao conteúdo das fitas gravadas durante as sessões de exorcismo, que foram apresentadas ao tribunal de justiça, onde, por diversas vezes, as vozes e os diálogos – muitas vezes perturbadores – dos supostos demônios eram perfeitamente audíveis. Em uma das fitas é possível discernir vozes masculinas de dois supostos demônios discutindo entre si qual deles teria de deixar primeiro o corpo de Anneliese. Ambos os padres demonstraram profunda convicção de que ela estava verdadeiramente possessa e que teria sido finalmente libertada pelo exorcismo, um pouco antes da sua morte.

Ao fim do processo, os pais de Anneliese e os dois padres foram considerados culpados de negligência médica e foi determinada uma sentença de seis meses com liberdade condicional sob fiança. (*ipsis litteris*)

Na hipótese de *exorcismo*, é evidente que a prova defensiva se pautará na demonstração da veracidade de tal fenômeno paranormal. E essa prova se constituirá – como na história de Annaliese – em documentos, gravações e depoimentos, estes últimos provenientes de médicos, como de fato aconteceu durante o julgamento na corte alemã. Aliás, quando a indústria cinematográfica norte-americana produziu o filme *O exorcismo de Emily Rose* (tomando por base fatos relacionados ao exorcismo realizado na Alemanha), o foco principal se voltou para o aspecto jurídico da questão com cenas de partes importantes do julgamento onde se pode observar o confronto da “prova do sobrenatural” com a “prova científica”.

Não se pode afirmar, portanto, que o *contraditório* se tornou impossível de realização. Pelo contrário, foram as provas científicas produzidas pela acusação que culminaram por

convencer os magistrados a condenarem os religiosos envolvidos no exorcismo e os pais da vítima, que consentiram em suspender o seu tratamento psiquiátrico. Os réus foram beneficiados com a suspensão condicional das penas aplicadas.

A exemplificação levada a efeito com um caso de *exorcismo* tem por escopo demonstrar que a prova obtida do sobrenatural não pode ser obstaculizada logo de início, no momento de sua *admissibilidade*, sob pena de se ferir, aí sim, o *princípio da ampla defesa*. Note-se, outrossim, que no caso do *exorcismo* comentado, o crime não seria da competência do Júri, aqui no Brasil, mas do Juízo monocrático. Sendo assim, vigoraria o *princípio do livre convencimento motivado*, a ser aplicado pelo magistrado sentenciante.

Nessa regra tríplice de produção de provas, o primeiro degrau, repita-se, diz respeito à *admissibilidade*. Entendemos que é preciso ultrapassar essa primeira fase até o atingimento da *valoração* da prova, sob pena de *cerceamento de defesa*.

Voltando-se ao exemplo do *exorcismo*, vale a pena assinalar que razões jurídicas, lastreadas no Código Canônico, servem, também, como supedâneo aos argumentos produzidos pela defesa, em casos análogos ao alemão. Se a Igreja Católica Romana, no âmbito de sua estrutura dogmática, prevê o exorcismo como “sacramental” é porque acredita na existência do demônio como entidade bíblica autônoma, capaz de “possuir espíritos de pessoas vivas”. Numa visão paralela, o Espiritismo fala em espíritos obsessores, vulgarmente conhecidos como “encostos” e que demandam, para sua expulsão de determinado corpo, rituais especiais praticados por médiuns.

Percebe-se, assim, que no silogismo da produção probatória, com sua tríplice escala, a prova obtida do sobrenatural pode chegar até a última fase que corresponde à sua *valoração* sem que haja qualquer aberração jurídica a ser sanada. Justamente nesse aspecto é que ousamos divergir do querido Mestre, ora homenageado.

5. Conclusão

No artigo original, produzido pela cultura jurídica e inteligência privilegiada de Sergio Demoro, percebe-se, ainda que de maneira parcimoniosa, a contrariedade do autor a esse tipo de prova. Tanto assim que traz à lume a enfática colocação de Bonnier:

BONNIER, examinando o valor emanado da prova obtida por meio de invocação ao sobrenatural, lança, sem meias palavras, vigoroso anátema contra seu aproveitamento no processo, *in verbis*:

“En el día no se permitiría ya, como hijo un Tribunal escocés en 1754, que dos testigos afirmaron bajo juramento que les había revelado un espíritu celestial el nombre del autor de un homicidio.”

No mesmo sentido, o pensamento de JULIO ACERO, que transcreve, inclusive, o ensinamento de BONNIER. (Grifamos).

A nosso juízo, não há que se falar em ilicitude ou inadmissibilidade no tocante a provas obtidas do sobrenatural como a psicografia ou o exorcismo. O momento crítico, no andamento de determinado feito em que tais elementos probatórios tenham sido produzidos, seja através da transcrição de depoimentos, seja na forma de escritos psicografados, reside justamente na sua *valoração*, quando da prolação de um veredicto ou de um *decisum* monocrático. Nesse último caso, o *livre convencimento motivado* do magistrado sentenciante voltar-se-á para a ciência, deixando de lado os ditames do além.

O grande escritor Machado de Assis inicia o conto *A Cartomante* com a seguinte frase: “*Hamlet observa a Horácio que há mais cousas no céu e na terra do que sonha a nossa filosofia*”. E o grande pensador C.G. Jung, no seu livro *Sincronicidade* (tradução Mateus Ramalho Rocha, 15ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, página 1), já afirmava que:

Naturalmente procuraremos em vão, no mundo macrofísico, acontecimentos acausais, pela simples razão de que somos incapazes de imaginar acontecimentos inexplicáveis e sem relação causal. Tudo isto não quer dizer que tais acontecimentos não existam. Sua existência – pelo menos como possibilidade – deriva, logicamente, da premissa da verdade estatística.

A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos

Afrânio Silva Jardim*

Preliminarmente, dedico este singelo estudo ao grande jurista, professor Sergio Demoro, por tudo o que fez em prol do desenvolvimento teórico do nosso Direito Processual Penal e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. Temos de tomar conhecimento e refletir

Recentemente, li um importante livro que importei da Argentina, intitulado *Bases del nuevo código procesal penal de la nación*, de autoria de Marcelo A. Solimine, ed. Had-Hoc, Buenos Aires, 2015. Esta obra cuida do sistema do código federal que ainda se encontra em *vacatio legis*. Em sua parte introdutória, tal autor argentino faz uma interessante explanação sobre o movimento de reforma processual penal na América Latina. Na verdade, foram novos códigos de processo penal, em 15 países, começando pela Guatemala, em 1992, e terminando em 2009, no México.

Mais impressionante do que este tempo recorde é o fato de que todos estes novos códigos de processo penal, com estrutura do chamado sistema adversarial, sofreram influência direta de juristas e organismos dos Estados Unidos da América do Norte, conforme estudo do professor argentino Máximo Langer, escrito originalmente em inglês, já que ele estava fazendo sua pós-graduação naquele país. Escreveu Marcelo Solimini, *in verbis*:

A partir de allí se desencadenó un proceso de reforma que Máximo Langer muestra con detalle y profundidad, con mención de los componentes políticos e ideológicos coyunturales que le dieron impulso, incluida la injerencia de organismos de los EE.UU. e internacionales (como ILUANUD) (...) que concluyó con una cascada de códigos acusatorios y reformas procesales (...). (p. 51-52)

Em relação ao estudo acima citado de Máximo Langer, a obra que lemos faz constar em seu rodapé nº 4, p. 51: “*Muestra allí la labor da la USAID (Agência de los EE.UU. para el desarrollo internacional), que patrocinó los procesos de reforma em*

* Mestre e Livre-Docente em Direito Processual. Professor associado de Direito Processual Penal da UERJ (aposentado). Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro (aposentado).

América Latina a partir de 1985, sin imponer modelos estadounidenses y apoyando a las instituciones locales existentes (...)”.

Mais adiante, na p. 55, Marcelo Solimine esclarece sobre a presença de grupos provenientes das universidades norte-americanas nos debates sobre novos códigos de processo penal, inclusive em relação ao argentino, conforme dito por Marcos Salt, em sua exposição na Câmara de Senadores do Congresso.

Desta forma, julgo estar confirmado o que venho dizendo há muito tempo. O chamado sistema processual adversarial (sistema acusatório puro ou radical) tem origem na ideologia liberal e privatista reinante nos Estados Unidos e não atende ao interesse público.

Vários autores, que se filiam a este modelo, chegam a sustentar que o conflito decorrente do delito se dá entre aquele que pratica o crime e a vítima, motivo pelo que o Ministério Público “sequestrou” o ofendido do processo penal (*sic*). Assim, deve prevalecer a vontade privada destes sujeitos, mesmo que seja para afastar a incidência da lei penal (cogente, por ser pública). É a volta ao sistema romano, onde o crime era “um problema da vítima”.

Neste equivocado sentido, é a tese de doutorado do argentino Francisco Castex, aprovada com a restrição que transcrevemos abaixo. O autor sustenta que o conflito resultante da prática do delito é, na verdade, entre o autor da infração penal e a vítima, motivo pelo que deve ser aplicada a ação penal privada e ser ampliado o poder dispositivo no processo penal, através da manifestação de vontade do ofendido. Chega-se a sugerir um sistema penal sem o Ministério Público... A referida crítica foi feita pelo conhecido examinador professor-doutor Daniel R. Pastor, *in verbis*:

Sin embargo, no me imagino que un acercamiento entre las partes, com exclusión total o parcial de la voluntad del Estado ao respecto, sea lo “más adecuado”, ya en abstracto, para así resolver por mediación el conflicto penal entre el asesinado y su asesino, entre el genocida y los exterminados, en fin, entre Videla y las Madres de Plaza de Mayo. Y se esto no es posible (p.127 y ss.), es probable que en el modelo propuesto algo esencial esté falando. En cambio, me resulta más tentadora de aceptar, aunque aún no la comparto, la idea de Castex, consecuencia directa e inevitable de su tesis, de vivir el futuro en um mundo libre de fiscales. (CASTEX, Francisco. Sistema Acusatório Material, Buenos Aires, ed. Del Puerto, 2013, p; 174.)

Na verdade, cuida-se do neoliberalismo globalizante trazido para o “novo” processo penal.

Tal visão privatista se vê também no Novo Código de Processo Civil, onde as partes podem criar novos procedimentos e prazos diferentes do que nele é regulado. O

pior de tudo isto é que alguns companheiros estudiosos do processo penal ainda não perceberam (...). Realmente, o direito é uma superestrutura que vai sendo condicionada pela infraestrutura econômica social liberal.

De há muito, venho me opondo doutrinariamente à “importação” de institutos processuais peculiares ao sistema processual norte-americano, fundado em bases jurídicas e valores sociais diversos da nossa cultura latina.

Estou percebendo que eles desejam a ampliação do poder discricionário do Ministério Público em nosso sistema de justiça criminal. Os absurdos acordos de cooperação premiada, que estão fazendo na chamada “Lava Jato”, é um exemplo disso: “o negociado sobre o legislado” no Direito Penal e no Direito Processual Penal. Vale dizer, o princípio da legalidade não interessa a quem tem o poder, mormente o poder econômico.

Por outro lado, temos evoluído em prol do aperfeiçoamento do sistema penal acusatório, mas não devemos chegar ao exagero do que se convencionou chamar de “sistema adversarial”. O processo não é “coisa das partes”, mas sim um instrumento público, através do qual o Estado presta a sua jurisdição. O interesse público, cristalizado na legislação cogente, está fora do alcance do poder dispositivo da acusação e da defesa. É o princípio da legalidade, fundante do sistema *civil law*, que nos foi legado pela tradição grega e romana.

Assim, não vejo com bons olhos a “ampliação da justiça penal pactuada no processo penal”. Já temos a transação penal para as infrações de pequeno potencial ofensivo, nos “Juizados Especiais Criminais” e o acordo de cooperação premiada, previsto na legislação que cuida do “crime organizado”. O que mais se deseja?

Aliás, tenho escrito muito no sentido de que os tribunais superiores precisam fixar limites interpretativos a este novo instituto, pois constato excessos ilegais em muitas destas “delações premiadas”. Não acho possível, por exemplo, que um acordo entre um membro do Ministério Público e um indiciado possa afastar a aplicação das regras do Cód. Penal e da Lei de Execução Penal, prevendo benefícios não previstos na lei de regência ou benefícios por ela não admitidos (penas de reclusão altíssimas em regime domiciliar [...]).

Desta forma, não vejo o que ampliar. O membro do Ministério Público (pensemos em um jovem Promotor de Justiça em uma comarca bem distante dos grandes centros) não pode negociar com as regras do direito público a qualquer pretexto. Não tem ele legitimidade e autorização constitucional para derrogar o direito posto.

Se o processo já não mais é “coisa das partes”, como foi em algum momento da antiguidade, com mais razão, não pertence ao membro do Ministério Público o poder de mudar o que está legislado (conteúdo do processo). O Direito Material, no caso, o Direito Penal, não pode ser objeto de barganha no inquérito ou mesmo na fase processual.

Vale dizer, precisamos combater, com todas as nossas forças, esta verdadeira e indesejável privatização do sistema penal. Poder demasiado não fortalecerá o Ministério Público. Ao contrário, vai fragilizá-lo perante a população.

Vejo certo “deslumbamento” em algumas parcelas do Ministério Público pátrio, mormente do Ministério Público Federal. É preciso não esquecer as realidades totalmente diversas sobre as quais atuam os órgãos do Ministério Público dos Estados. Imaginem as diferenças entre as realidades de países com formação cultural tão distinta. Aliás, em muitos aspectos, temos de reconhecer o grande avanço e desenvolvimento dos Estados Unidos em relação a nós. Entretanto, nas questões sociais, pouco precisamos aprender com eles.

Enfim, como professor e estudioso de Direito Processual Penal há 38 anos, estou muito preocupado com o rumo que as coisas estão tomando em nossa sociedade, no que diz respeito ao processo penal. Os interesses corporativos e profissionais, a ignorância ou desinformação de alguns e o “modismo” de outros, tudo muito por conta do despreparo de nossa grande imprensa, estão “bagunçando” o sistema processual brasileiro, fruto de uma longa e sólida construção teórica, que vem acompanhando o nosso processo civilizatório. Lamentável.

2. Privatização do processo penal?

Algumas legislações mais recentes e parte da doutrina “moderna” sustentam a abolição ou “flexibilização” do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública. Entretanto, tais legislações e estes autores aumentam a hipótese de cabimento da ação penal privada subsidiária da pública. Caberia tal esdrúxula ação privada não só na inércia do Ministério Público, mas também quando ele, prestigiando o princípio da oportunidade, deixar de oferecer a sua denúncia ao órgão jurisdicional competente.

Vale dizer, substituem um órgão do Estado, que tem as mesmas garantias da magistratura, pela acusação do ofendido (vítima), que se move por desejos pessoais e privados, embora compreensíveis. Por vezes, a vítima é motivada até por sentimentos escusos ou não muito próprios para instauração de um processo penal democrático.

Sob certo aspecto, estaremos retornando ao sistema processual vigente antes do século XVII. Trata-se de mais um passo para a privatização do nosso processo penal. Lamentável é que parcela do próprio Ministério Público não está percebendo isto, seduzida pelo indesejável sistema adversarial norte-americano.

Contundente é a crítica a este sistema por parte do catedrático da Universidade de Valencia, professor Juan Montero Arouca, um dos maiores processualistas da Espanha. Tal extensa crítica está em seu importante livro intitulado *Proceso Penal y Libertad, Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Madrid, Ed. Aranzadi, 2008, p. 76-80; mais especialmente no capítulo que denominou “*El absurdo intento de monopolizar la idea de proceso acusatório o, si se prefiere, del sistema que se llama adversarial*”.

Somos a favor de um processo penal acusatório público, onde prevaleça o interesse da sociedade, seja através de uma acusação responsável, seja através de uma defesa substancial e

eficaz. As partes não podem transigir com as regras cogentes do Direito Penal e não devem poder renunciar aos seus deveres processuais.

3. Será que não perceberam?

Outro aspecto a ser considerado e relacionado ao tema que estamos cuidando diz respeito ao princípio da oportunidade, que virou moda em parte da doutrina dita moderna. Não concordamos em outorgar ao Ministério Público o poder de se colocar acima da Lei Penal, decidindo se oferece a denúncia ou não, diante de uma situação concreta, mesmo que estejam presentes todas as condições para o exercício da ação penal e todos os pressupostos processuais. O Ministério Público é quem decide se há ou não interesse público a ser tutelado processualmente (...). Isto é democrático?

Na verdade, abandonar o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública é dar ao membro do Ministério Público o poder discricionário de denunciar ou não este ou aquele crime, este ou aquele indiciado. É colocar o Promotor ou Procurador da República como titular exclusivo de se aplicar ou não a lei penal, que é de natureza pública. Vale a pena repetir: é dar-lhes o poder discricionário de discernir se está ou não presente o interesse público.

O princípio da oportunidade não é nada democrático, por isso a Constituição da Itália expressamente obriga o exercício da ação penal, lógico que presentes as condições que a lei exige para tal. Na época do fascismo, o Ministério Público da Itália acusava quem fosse do interesse do governo autoritário.

Note-se que a realidade do nosso país é bem diversa da de outros países. Não podemos pensar apenas nos grandes centros mais desenvolvidos. Temos de perceber que, no interior do país, as coisas são bem diversas. Imaginem se o fazendeiro de longínqua área rural, por onde tem de passar o Promotor de Justiça, em seu carro, para chegar ao fórum, souber que este Promotor pode ou não denunciar o capataz de sua fazenda (...). O princípio da obrigatoriedade funciona, nesta medida, também como uma “defesa” da atuação do membro do Ministério Público.

Ademais, qual o critério a ser adotado para existir ou não uma acusação facultativa? Poder demasiado não vai fortalecer a Instituição, mas vai fragilizá-la perante a opinião pública.

O Direito Penal é que tem de resolver a questão, descriminalizando inúmeras infrações penais sem relevância social (princípio da intervenção mínima do Direito Penal). Por outro lado, o princípio da insignificância já legitima o não oferecimento da denúncia, tendo em vista a atipicidade da conduta, por ausência de bem jurídico a ser tutelado.

Outra medida aceitável seria ampliar as hipóteses de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, mormente para os crimes contra o patrimônio (sem violência ou ameaça) e outras infrações menores, desde que seja disponível o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

O argumento de que a polícia e até alguns órgãos do Ministério Público já não obedecem, na prática, ao nosso sistema processual não tem qualquer respaldo lógico. Seria o mesmo que revogar o artigo 121 do Cód. Penal, porque os homicídios continuam sendo praticados. Aliás, se, com a regra da obrigatoriedade, já se criticam tais omissões, imaginem sem ela...

Vamos parar de modismos, de imitar o sistema norte-americano, onde tudo é diferente, seja na cultura, seja na organização do Ministério Público, seja na estrutura do Poder Judiciário. Noventa por cento dos casos não são levados a juízo, e os questionáveis e suspeitos acordos do Ministério Público e investigados são feitos tendo em vista a “prova” inquisitória, colhida pela polícia. O chamado sistema adversarial somente se faz sentir para muitos poucos casos. Lá também existe a “lei do menor esforço”...

Neste sentido, veja-se o que nos informa o grande professor, meu mestre de sempre, José Carlos Barbosa Moreira, sobre o funcionamento do sistema penal norte-americano, na nota de rodapé nº 6: “em obra muito recente, o dado impressiona: apenas cerca de 2% de todos os processos penais se resolveriam por meio do ‘trial’ (SAMAH, *Criminal Procedure*, 4ª edição, Belmont, 1998, p. 37).” (*Temas de Direito Processual*, Oitava Série, S. Paulo, Saraiva, 2004, p. 8).

Assim, lamentavelmente, dá para entender o absurdo que ocorre naquele país, conforme notícia publicada no site Conjur, com base em pesquisa e matéria jornalística dos Estados Unidos (23.07.2016), *in verbis*:

Nem todos os condenados por estupro são presos nos EUA. Juristas (norte-americanos), consultados pelo jornal, disseram que a razão mais comum para estupradores escaparem da prisão é o acordo que a Promotoria faz com a defesa para obter uma confissão em troca de uma pena mais leve, como suspensão condicional da pena, quando os promotores acreditam que seu caso é fraco.

4. Uma visão publicista do sistema processual

Paralelamente a outras leituras, decidi ler (ou reler) os principais trabalhos que o professor José Carlos Barbosa Moreira – para mim, o maior processualista brasileiro de todos os tempos – reuniu nos nove volumes publicados sob o título *Temas de Direito Processual*.

Comecei a leitura pelos estudos mais recentes do mestre. Evidentemente, pelo nosso contato na UERJ e pela leitura de seus livros, já conhecia a sua predileção pela sistemática publicista do “processo” e, por ela, fui fortemente influenciado. Talvez por isso, tenha escrito a minha dissertação de mestrado, no longínquo ano de 1981, com o título *Da Publicização do Processo Civil*, depois publicada pela antiga ed. Liber Iuris.

Hoje, o meu embate é contra a “privatização do processo penal”, que se busca através da adoção de um sistema acusatório puro ou radical, próximo do sistema adversarial, tão a gosto dos Estados Unidos e da Inglaterra (paraísos dos liberalismos políticos e econômicos), países que privilegiam o individualismo e o “darwinismo social”. Tudo isso, importado para os países mais pobres, determina uma total injustiça social, pois o “deus mercado” não distribui riqueza, mas, ao contrário, concentra aquilo que é produzido pela mão do trabalhador em papéis que fazem a fortuna de alguns poucos.

Embora com os olhos voltados mais para o processo civil, o prof. José Carlos Barbosa Moreira, com a clareza e concisão que sempre o caracterizaram, disse o que eu gostaria de ter dito, por isso que transcrevo abaixo. Não tenho dúvida de que vale também para o processo penal:

Já no que tange à repartição de atribuições entre o órgão judicial e os litigantes na atividade de instrução, nem ao mais superficial observador escapará a dimensão política – ou, se preferir, ideológica – da problemática. Cercear a participação do juiz e confiar às partes (ou melhor: aos advogados) a condução do mecanismo probatório é opção que transcende com absoluta nitidez o plano da técnica: põe de manifesto a adesão a um ideário liberal, tomada a palavra no sentido individualístico – no sentido em que era costume usá-la para designar o pensamento dominante na maior parte do século XIX e atualmente é lícito usá-la para designar o pensamento dominante no início do século XXI.

Esse pensamento parte de uma premissa: a melhor solução para as questões da convivência humana é a que resulta do livre embate entre os interessados, com a presença do Estado reduzida à de mero fiscal da observância de certas “regras do Jogo”. Projetada na tela da economia, semelhante ideia leva à glorificação do mercado como supremo regulador da vida social. Projetada na tela da Justiça, fornece apoio a uma concepção de processo modelada à imagem de duelo ou, se se quiser expressão menos belicosa, de competição desportiva. (*Temas de Direito Processual*, 9ª série, 2007. Saraiva. p. 65-66).

Evidentemente que é legítima a opção pelo sistema processual liberal-individualista, onde o Estado aparece como um mero árbitro do duelo entre dois jogadores e adversários. Entretanto, parece que muitos que defendem tal sistema não perceberam ainda que isto está ligado a uma escolha ideológica. A minha, sendo pela justiça social, não pode prescindir da atuação efetiva do Estado, que se deseja seja cada vez mais democratizado e atento aos interesses da sociedade.

Contributo de Demoro ao processo democrático

Álvaro Mayrink da Costa*

Sumário

1. Introdução. 2. Pensamento de Sergio Demoro. 3. Proposta para o modelo de persecução criminal. 4. Limites do juiz no que respeita à iniciativa da prova. 5. Conclusão.

1. Introdução

Honrado com o convite formulado pelo Dr. Emerson Garcia, renova-me a oportunidade de homenagear o brilhante processualista Professor Sergio Demoro Hamilton, querido amigo e companheiro dileto na vida judiciária e acadêmica. Para tanto, elegemos o erudito artigo “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia” (2000), que veio a completar o estudo “A forma acusatória pura, uma conquista do anteprojeto” (1974), em que concluía “Não resta dúvida, porém, que, ao reforçar o sistema acusatório, abolindo, de vez, do nosso processo penal todo e qualquer procedimento *ex officio*, o anteprojeto registra sua maior virtude”, antecipando a temática, anterior à Constituição Federal (1988), no que pertine ao exame dos *limites* do juiz, no que tange à *iniciativa* da busca probatória, mito e dogma da verdade real.

2. Pensamento de Sergio Demoro

Abre o estudo com o irônico ditado proveniente da Idade Média, referido por Geraldo Prado, em seu erudito *Sistema Acusatório* (1999): “Quem tiver um juiz por acusador, precisa de Deus como defensor. Mas, às vezes, isso não é suficiente”. Destacamos, em seu pioneirismo, as principais passagens que devem avivar a memória nesta quadra da vida pública, quando ressalta que “Outra característica do processo acusatório consiste no fato de o processo penal desenvolver-se através do contraditório, sobre a presidência de um juiz natural e imparcial. É, por tais motivos, a modalidade de processo que guarda perfeita compatibilidade com o regime democrático”.¹

Já escrevia que “As violações ao sistema acusatório prosseguem, na fase processual, contidas em inúmeros dispositivos do nosso Código. Cabe, aqui, ressaltar alguns casos

* Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor e conferencista emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

¹ HAMILTON, Sergio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia, in: *Revista do Ministério Público*, RJ (12), 2000, p. 192.

gritantes de indevida intervenção judicial, onde o princípio acusatório vê-se relegado a um *flatus docis*, despido de qualquer conteúdo prático”.²

Demoro é enfático ao dizer:

Na verdade, ao juiz compete, ao passo que às partes incumbe promover a ação penal. Atribuir tal nomenclatura para definir função anômala exercida pela autoridade judiciária em um sistema que, pelo menos na aparência, se diz acusatório, constitui equivocada postura doutrinária. Quando o juiz julga, aí sim, ele atua de ofício. Melhor dizendo: este é o seu ofício; não a iniciativa de demandar.³

Adverte, após analisar o art. 156 do Código de Processo Penal, antes da redação dada pela Lei nº 11.690/2008, que: “A iniciativa do juiz, na busca de provas, está intimamente ligada ao princípio da verdade real, que não admite possa o juiz ficar refém das partes, em razão da natureza pública do processo e do fim social a que se destina”.⁴ Na conclusão do tema, diz que: “Resulta evidente que toda a crítica em relação à iniciativa probatória do juiz está dirigida *somente* quando ela é tomada no sentido de prover subsídios para a acusação”.⁵ E reafirma que: “Não se admite, assim, possa o Ministério Público ser concebido como uma espécie de quinta roda do carro, incumbindo ao juiz socorrê-lo, ao obrar como uma espécie de *longa manus* da acusação, promovendo medidas no objetivo de complementá-la ainda que o faça em caráter supletivo”.⁶

3. Proposta para o modelo de persecução criminal

Ao procurar alinhar os doutos ensinamentos do Professor Sergio Demoro Hamilton, tendo como patamar no seu estudo “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, não poderia, ao término deste artigo, deixar de lembrar e registrar do quanto me seduziu, à época de sua leitura, fornecendo-me um porto seguro para proferir a palestra que realizei, no dia 6 de setembro de 2005, no auditório exterior do Superior Tribunal de Justiça, no IV painel, no “Seminário Internacional: Propostas para o Novo Modelo de Persecução Criminal – combate à impunidade”, patrocinado pelo Centro de Estudos Judiciários, que transcrevo, citando o pioneirismo do nosso homenageado, *in verbis*:

² *Idem*, p. 197.

³ *Idem*, p. 199.

⁴ *Idem*, p. 202.

⁵ *Idem*, p. 204.

⁶ *Idem*, p. 205.

Procurarei sintetizar minhas posições diante dessa temática. Isto é, o exame dos limites do juiz no que concerne à iniciativa da busca probatória. Mito e dogma da verdade real. Inicialmente, socorro-me de algumas ideias e indagações. A primeira delas seria pertinente ao mito e ao dogma da “*verdade real*”. Diante do tema, ressalto o ponto vital de hoje – os limites da iniciativa postulatória do juiz na atividade substitutiva da atuação do Ministério Público, para abordar o exame do modelo processual a partir da vigência da Carta Política de 1988, no que tange à definição das funções investigatórias e acusatórias e da distribuição dos ônus processuais às partes, mais perto de um sistema acusatório do que da prevalência inquisitorial. Vejo-me na necessidade, ainda que perfunctoriamente, de elaborar uma releitura do modelo inquisitorial e acusatório, sem esquecer que vivemos numa época na qual o ponto crucial do Estado democrático de Direito, na minha seara específica, situa-se entre as garantias dos direitos fundamentais e o estado de emergência. Encontrar o equilíbrio entre uma sociedade de riscos (*Risikogesellschaft*) e conseguir compensar o garantismo processual, de um lado, e, de outro, atender às exigibilidades transitórias dos momentos emergenciais – diria que não há saída simples. Dizia Beck que a sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. O ponto de equilíbrio está no princípio da proporcionalidade. Seria muito fácil colocar dessa forma. Sustento que a missão do Direito Penal é uma só – a tutela dos bens jurídicos e que o fim da pena privativa de liberdade só tem dois endereços: a tutela dos bens jurídicos e o controle social. Sob esses dois aspectos, procedo, inicialmente, ao enfrentamento não só teórico, mas, momentaneamente, pretoriano, diante da releitura, em um Estado democrático de Direito, indagando qual o modelo estratégico a ser tomado. Inquisitorial ou acusatório? Ao mesmo tempo, diante desses dois perfis, quando leio o Código de Processo Penal de 1941, destaco a exposição de motivos, na parte, exatamente, que diz que o juiz deixará de ser o expectador inerte da produção de provas; sua intervenção na atividade processual é permitida não somente para garantir a marcha da ação penal e ao final julgá-la, mas, também, para ordenar, de ofício, fazendo o destaque das provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Esse foi o posicionamento do Código e, atrelado a ele, dou destaque somente a dois artigos, em termos da instrução criminal. O art. 156 do Código de Processo Penal afirma: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução criminal, ou antes, de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto

relevante. E o art. 209 do mesmo diploma: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. A mera leitura da parte final do art. 156 do CPP demonstra que o juiz penal tem amplos poderes investigatórios na fase judicial, diante do princípio da verdade real. Assim, em face desse modelo inquisitorial do nosso Código de Processo Penal de 1941, quando da chegada da Carta Política de 1988, de imediato constatou-se que o Código de Processo Penal seria assistêmico e estaria fraturado em termos desde o seu nascimento. De pronto, dois dispositivos penais não foram recepcionados pela Carta, os arts. 26 e 351, diretamente ligados ao transvestimento do juiz em Delegado de Polícia e Promotor de Justiça no processo contravencional. O juiz dava início à ação penal pela lavratura do auto de prisão em flagrante ou pela portaria. Portanto, esse era o cerne absoluto do processo inquisitorial. Mas, será que o modelo inquisitorial foi o adotado pela Carta Política de 1988? A Carta não precisaria expressamente dizer: “Adotamos o sistema acusatório”. Bastaria por quê? Porque os princípios elencados na Carta de 1988 são claros e transparentes para que qualquer novel estudante de Direito possa saber que ela adotou o sistema acusatório. Se abrirmos o nosso velho e ultrapassado Código de Processo Penal, observaremos, no art. 129, inc. I, da Constituição Republicana, quando trata das funções institucionais do Ministério Público, que cabe a ele, privativamente, promover ação penal de iniciativa pública. Com isso, encontramos, de início, afastado o modelo inquisitorial e, em sendo assim, dissipam os também a questão da busca da verdade real. Mas não ficou somente aí, poderíamos aduzir que restou consagrado o *due process of law*, o devido processo legal, o contraditório legal, a ampla defesa, a igualdade das partes, o princípio isonômico, da mesma forma que o julgamento por juiz competente e, também, obviamente, por juiz imparcial. No processo acusatório, as funções de acusar, defender e julgar integra atribuição de órgãos distintos, ao contrário do modelo inquisitório. A acusação deverá ser sempre formulada por órgão diverso do juiz. O processo penal desenvolve-se mediante o contraditório, sob a direção de um juiz natural e imparcial. Esse é o modelo acusatório consagrado na Carta de 1988. Portanto, encontramos uma série de dispositivos, que seria cansativo citar (*v. g.*: arts. 10, §§ 1º e 3º, 13, II, 16, 18, 28, 39, §§ 1º e 4º, 127, 133, 156, *in fine*, 311, 416 etc.), incluindo a investigação prévia, a instrução criminal e até a parte da execução penal, que não foram recepcionados pela própria Constituição e, como critica o Prof. Sergio Demoro Hamilton (“A ortodoxia do sistema

acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”), ainda subsistem em nosso processo penal, sem ainda sequer serem contestados nos pretórios superiores. Ocorrem, sobre essa questão, algumas longas divergências. A verdade judicial é sempre uma verdade processual. Peça vênua para dissentir e dizer que é inadequado, após a edição da Carta, voltar a tratar de Processo Penal com relação ao princípio da verdade real. Ressalto dois tópicos do artigo da Prof^a. Ada Pellegrini Grinover (“A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”), uma das mais brilhantes juristas e processualistas brasileiras, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais (vol. 7, nº 27, p. 71, 72, jul./set., 1999), que difere do meu modesto pensamento. O primeiro diz: A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte. No segundo tópico, a ilustre jurista acrescenta: A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaraça a imparcialidade do juiz, que deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória do juiz. E conclui: Diante da omissão da parte, o juiz de regra se vale dos demais elementos dos autos para formar o seu convencimento. Mas, se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas (...). Salieta que a visão do estado social não admite a posição pacífica e conformista do juiz, pautada em princípios essencialmente individualistas. Faria uma releitura, diante do sistema acusatório, a respeito, ainda em termos, do que, ao tempo da edição do Código, o saudoso mestre Hélio Tornaghi falava sobre processo misto, havendo várias formas inquisitoriais que não mais podem conviver na clandestinidade, em face da Carta Republicana. Evidentemente, sentia que o processo acusatório tinha uma característica mista: inquisitório e acusatório. O primeiro, observado na fase preliminar de investigação, ao passo que, como ajuizamento da ação penal, adquire o caráter acusatório. O eminente mestre e um dos maiores processualistas brasileiros, Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, em artigo publicado na Revista de Direito Renovar (vol. 13, p. 1-13, jan./abr. 1999), com a sua inteligência e conhecimento temático, escreveu erudito artigo sob o título: “Processo Civil e Processo Penal: mão e contramão?” Nesse artigo, em que faz um paralelo entre o Processo Civil e o Penal, embora não seja um fiel adepto do sistema acusatório, por excelência, em certa parte, diz o seguinte: Duas circunstâncias, pelo menos, justificam semelhante impressão em ordenamentos contemporâneos: a inclinação para restringir em vez de ampliar a atuação dos juízes no

campo da instrução probatória. Mais à frente, em outra passagem, conclui: Por sua particular importância, convém atribuir, em especial atenção, para salientar, mais uma vez, a tendência ao esvaziamento das atribuições do juiz penal como propulsor da instrução probatória, cuja ativação passa a depender, fundamentalmente, da iniciativa das partes e cita em nota de rodapé: O paradigmático art. 190, primeira e segunda alíneas, do Código de Processo Penal italiano e o Código Modelo de Processo Penal para a América Latina, que atribui aos tribunais o dever de procurarem por si a averiguação da verdade segundo os meios de prova permitidos, mas em seguida restringe a iniciativa oficial, durante o juízo, a determinadas oportunidades e condições. Os ordenamentos contemporâneos se inclinam a limitar, em vez de ampliar, a atuação do juiz no campo da instrução probatória.

Portanto, encontramos posições opostas de consagrados processualistas e, modernamente, lembraria também o douto Procurador Sergio Demoro Hamilton, hoje diretor da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que possui brilhantes trabalhos em revistas e livros a respeito desta temática, lembrando que no citado artigo “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, escrito ao examinar, nos idos de 1974, o anteprojeto do Código de Processo Penal, saudava com euforia a consagração da forma acusatória pura pelo rompimento com o inquisitorialismo vigente. Criticava a norma do art. 408, §4º, do Código de Processo Penal, que permite ao juiz verdadeira ação penal de ofício, pois a pronúncia, uma vez preclusa a decisão, irá vincular o libelo que o Ministério Público terá de sustentar perante o juiz natural do feito. Lembra que o Ministério Público não está obrigado a aditar a inicial, porém é equívoco dar ao juiz a iniciativa da providência. Ao juiz compete julgar e às partes incumbe promover a ação penal; o juiz, quando julga, atua de ofício, é seu ofício, e não a iniciativa de demandar. Acrescentaria a posição de um jovem magistrado do meu Estado, o Dr. Geraldo Prado, que defendeu, na nossa Universidade, com raro brilhantismo, tese de mestrado sobre a matéria, nacionalmente conhecida por Sistema acusatório. Apenas fiz essas citações e faço mais uma, da Procuradoria-Geral da República, que tive o cuidado de observar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570, de 12 de fevereiro de 2004, cujo relator foi o eminente Ministro Maurício Corrêa, e o requerimento efetuado pelo Procurador-Geral da República para o Congresso Nacional, no qual se discutia a inconstitucionalidade da Lei nº 9.034, de 1995. Lá se coloca o juiz de instrução, a realização de diligências

feitas pessoalmente por ele, a sua competência investigatória, a ofensa, as funções de investigar e de inquirir, a mitigação e as atribuições do Ministério Público e da Polícia Federal. Lamentavelmente, não pôde ser aferido o mérito dessa ADI, mas, em uma passagem, o eminente Procurador-Geral da República, em relação ao tema, diz: O *Parquet* alega que o diploma legal em causa compromete a imparcialidade do juiz e contraria todo o sistema acusatório do processo brasileiro. No relatório consta a posição da Procuradoria-Geral da República. O voto vencido foi do brilhante Ministro Carlos Velloso, que sustentou: A figura do juiz estático, expectador, do tempo em que o processo nada tinha de público, está superada. O processo hoje tem natureza pública e nele o juiz tem participação ativa na busca da verdade.

Referi-me a esses pontos básicos para dizer que não me sinto com tranquilidade para defender, ainda presente, diante da Carta Política de 1988, o princípio da verdade real. A iniciativa probatória do juiz não deve constituir-se em atividade supletiva dos deveres ou ônus processuais atribuídos ao Ministério Público. E mais: a Carta teve como objetivo estabelecer um divisor de águas, um controlador, para limitar, na instrução criminal, as funções do juiz, como também as atribuições do Ministério Público, mas principalmente as do juiz – quando falo da imparcialidade, refiro-me à imparcialidade concreta da instrução criminal. Tenho algumas perguntas provocativas, e as faço diante do art. 564, inc. III, *b*, do Código de Processo Penal, com relação à nulidade, à falta do exame de corpo de delito, nos injustos penais, em que a atividade deixa vestígios. A pergunta é a seguinte: no curso da ação penal, não tendo o órgão do Ministério Público requisitado o laudo, poderia o juiz, supletivamente, substituí-lo e requisitar o laudo que a parte autora não requisitou?

A segunda pergunta: o Ministério Público poderia ter feito, no oferecimento da denúncia, o arrolamento das testemunhas, que entendia suficiente e necessário para comprovar por meio da prova oral a sua proposta produzida. Poderia o juiz, a seu bel-prazer, determinar a inquirição de testemunha não arrolada ou desistida, da qual o depoimento fosse tomado por imposição do juiz instrutor e, sobre esse depoimento, julgasse procedente o pedido? Isso violaria ou não o processo acusatório? Violaria o processo acusatório o juiz, de ofício, determinar a prisão preventiva do réu no curso da ação penal? Não discutirei que o legislador teve o cuidado em relação à prisão preventiva, porque, diante da prisão temporária, não temos investigação. Então

o juiz, de ofício, não pode decretar a prisão temporária, tem de ser provocado. No processo acusatório, em relação à prisão preventiva, o juiz não poderia se antecipar e decretar a prisão preventiva, somente se provocado pelo Ministério Público. Falo em relação ao impulso. E indago mais: o juiz que antevê a prova e verifica que ela poderá prejudicar o réu – e, evidentemente, não foi requerida pela parte autora, o Ministério Público – passa, então, a substituir o Ministério Público, acusando-o? Teríamos a figura do superjuiz dentro do processo. O réu teria de enfrentar no processo não só o promotor, como também o juiz travestido de acusador público, na fase da instrução criminal. A conciliação que vejo, para que possamos chegar à coexistência do princípio acusatório e, evidentemente, do princípio inquisitório, presente no Código e na Carta Constitucional, está exatamente no art. 156 do diploma processual, quando a atividade probatória for no sentido de dirimir dúvida sobre ponto relevante. Mas essa atividade estaria em relação à prova produzida, e não em razão da deficiência probatória. Portanto, o juiz só teria condições de produzir, de impulsionar, de iniciar a fase probatória quando, efetivamente, já estivessem nos autos as provas colhidas. Dou um exemplo: se já constassem nos autos vários depoimentos, e o juiz, em razão do princípio da livre convicção, tivesse dúvidas em razão dos depoimentos prestados – concordo com a Professora Ada Pellegrini –, não poderia ficar refém das partes. Diante do princípio acusatório, da prova produzida, poderia determinar uma acareação ou uma nova inquirição. O juiz, diante de uma prova pericial que já estivesse nos autos, poderia nomear novo perito, requisitar, ouvi-los, diante de provas que já foram produzidas. O que não pode é buscar provas, porque quem tem de buscá-las é o Ministério Público. Para terminar, coloquei a questão da limitação relativa probatória em relação à parte autora, o Ministério Público. E quando fosse a favor do réu? Por que o *bis in idem* em detrimento do réu? Também ficaria limitada em relação ao réu? Em relação ao réu, mostrando que o dogma da verdade real não é dogma, porque, na ação de revisão criminal, só este tem legitimidade para propô-la. Não tem legitimidade na ação revisional. O princípio da verdade real não é dogma no Processo Penal. Repita-se: Por que dois órgãos do Estado (Ministério Público e juiz penal) devem alinhar-se na perseguição criminal em desfavor do réu? Responde o Prof. Sergio Demoro que, no Processo Penal que se pretenda acusatório, sabe-se absurda a providência que enseja ao juiz enveredar na busca de provas que possam, ao menos em tese, incriminar o réu. Por mera aplicação do princípio da proporcionalidade, sobreleva o direito à

liberdade, em detrimento do sistema acusatório. O nosso processo ainda é vetusto, porque, no júri, o libelo fica vinculado à decisão de pronúncia, que é exatamente outra quebra do processo acusatório. No júri, o juiz, por força da deficiência da defesa, dissolve o júri para não deixar que o processo continue, a fim de que não haja a condenação pela ausência de defesa. O que funciona em relação à defesa para a intervenção do juiz e não funciona em relação ao Ministério Público? Está no art. 5º da Constituição. É o princípio da liberdade. Quer dizer, quando está diante de uma prova que inocentará o réu, diante dos princípios da liberdade e do livre convencimento, o juiz, nessa parte, deve produzir a prova, porque estaria agindo para constatar a inocência do réu. Lembro Giovanni Conso, que, em suas *Instituições de Direito Processual Penal*, ao examinar o processo acusatório, entre outros aspectos, frisa a necessidade da exclusão da iniciativa judicial no recolhimento de provas. Tudo o que abordamos significaria dizer em relação à impunidade que, por mais que queiramos, não poderemos continuar com uma legislação que é uma verdadeira colcha de retalhos. Procuramos colocar esparadrapos nos buracos. A dúvida do juiz deve ser sobre a prova produzida e jamais sobre a insuficiência ou ausência da atividade probatória. Anota com pertinência o Professor Eugênio Paccelli de Oliveira, no seu *Curso de Processo Penal*, que a busca da verdade real, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sempre visão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade. O citado princípio tinha o encargo de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. Na realidade, precisamos modernizar a legislação processual penal para adequá-la à nossa realidade e torná-la uma ferramenta eficaz de combate à impunidade e de garantia dos direitos individuais. Então, o combate à criminalidade não se faz apenas com medidas pontuais, meramente emergentes, impondo-se uma reforma de fundo para atingir os pontos que são vitais para a rápida e segura prestação jurisdicional.⁷

4. Limites do juiz no que respeita à iniciativa da prova

No referido Seminário, advertia o hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schiatti Machado Cruz, então Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e territórios, que:

⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da. Instrução Criminal, Princípios do Impulso Oficial e da Verdade Real. Concentração, in: *Série Cadernos do CEJ, Conselho da Justiça Federal*, Brasília, 2005, vol. 25, p. 133-142.

Nosso sistema, embora acusatório, acaba trazendo alguns resquícios inquisitoriais, que comprometem um pouco a imparcialidade do juiz [...] que deveria atuar supletivamente, porque, senão, a ideia que se transmite ao jurisdicionado e para a população é a de que ele, ao direcionar as perguntas em uma determinada linha, já está com uma ideia pré-formada, um preconceito. Isso não é bom para a imagem da Justiça...⁸

5. Conclusão

O Estado Democrático depende da efetiva vivência que ocorre com a adesão de todos os cidadãos, em um comportamento pessoal diariamente renovado dos valores e da responsabilidade jurídica dos operadores do direito, perante a própria consciência.

⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Instrução Criminal, Princípios do Impulso Oficial e da Verdade Real. Concentração, in: *Série Cadernos do CEJ, Conselho da Justiça Federal*, Brasília, 2005, vol. 25, *Idem*, p. 149.

Os intocáveis e o debate sobre limites: a produção da prova relativa à criminalidade de poder

*Américo Bedê Júnior**

*Gustavo Senna***

Sumário

Prenúncio. 1. A razão da proibição de provas ilícitas. 2. Do ônus no combate ao crime. A dificuldade de paridade de armas contra a criminalidade, em especial a de poder: uma criminalidade que tortura, mata e não tem nenhum limite jurídico. 3. Ameaças e execução de agentes do estado. A reação previsível do crime. 4. É preciso confiar no sistema. Existem direitos intocáveis no processo penal? 5. E quando a prova ilícita envolve a compra do próprio julgamento? A título de epílogo. Referências.

Prenúncio

Sob o cotidiano, desvelem o inexplicável. Que tudo que seja dito ser habitual cause inquietação. Na regra é preciso descobrir o abuso, e sempre que o abuso for encontrado, é preciso encontrar o remédio. (Bertold Brecht)

Uma honra participar dessa coletânea em homenagem a Sergio Demoro Hamilton, destacado membro do Ministério Público do RJ e doutrinador consagrado, autor de obras clássicas de ciências criminais, que marcou e influenciou gerações, incluindo os autores do presente ensaio.

Para homenagear o maestro escolhemos a temática das provas ilícitas, tão bem tratadas por ele no seu famoso artigo sobre a proporcionalidade e as provas ilícitas e a autofagia do direito, no qual revela sua inquietação em relação ao pensamento paralisante e dominante no Brasil, que acabava – e ainda acaba – gerando situações de perplexidade e impunidade. Trata-se de um tema que precisa ser revisitado e debatido, especialmente com a realidade incontestável da criminalidade de poder, que representa terrível ameaça para os objetivos estratégicos do Estado brasileiro.

Nesse diapasão, no presente ensaio, a partir de diálogos do clássico filme “Os Intocáveis” (The Untouchables - 1987), de Brian de Palma, buscamos elementos para

* Doutor em Direito. Juiz Federal no Espírito Santo. Professor da Faculdade de Direito de Vitória.

** Mestre em Direito. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Professor da Faculdade de Direito de Vitória.

o debate sobre de que modo o processo penal deve tratar as provas obtidas por meios ilícitos, bem como para demonstrar como, em certos casos, a realidade imita a ficção.

1. A razão da proibição de provas ilícitas

O Direito, todo ele, resulta de uma construção filosófica que encontra sua validade na medida em que realiza os valores transcendentais de justiça. (Sergio Demoro Hamilton) ¹

Primeiro Encontro de Malone e Eliot Ness - lição - então, cumpriu a primeira norma de aplicação da lei garanta que, ao final de seu turno, você chega à casa vivo.

Convite de Ness para Malone: Sr. Ness: Queria tê-lo conhecido 10 anos e 10 quilos atrás... mas acho que se tornou mais importante para mim ficar vivo.

A aceitação de Malone na igreja sobre Capone quer pegá-lo de verdade? Entende o que estou dizendo? O que está preparado para fazer?

Ness responde: Tudo o que a lei permitir.

Malone: E depois, o que está preparado para fazer? Se declarar guerra a esse pessoal, tem de estar pronto para ir até o fim, porque eles não vão desistir até um de vocês estar morto.

Ness: Quero pegar Capone, não sei como... Jurei prender esse homem com qualquer meio legal ao meu dispor e é o que farei. Bem, Deus detesta os covardes.

Ness: Em quem podemos confiar?

Malone: Em ninguém, essa é a triste verdade. Então onde vamos achar ajuda? Se não quiser uma maçã podre, não procure no cesto, vá pegar na árvore.

A Constituição Federal afirma, peremptoriamente, no inciso LVI do artigo 5º, que: “São inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos²”. Apesar da clareza do dispositivo, que busca preservar a legalidade na colheita de provas, a doutrina

¹ HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito. *Revista Ministério Público*, Rio de Janeiro, (11), 2000, p. 266.

² Para fins desse breve comentário, não será efetuada a distinção entre prova ilegítima e prova ilícita.

e jurisprudência pátrias vêm apontando inúmeras situações em que não há a aplicação pura e simples da norma fundamental.

Em nome do princípio da proporcionalidade, de modo quase unânime, a utilização de prova ilícita em benefício do réu vem sendo cada vez mais aceita, porquanto que o status de inocência, a dignidade da pessoa humana e a liberdade prevaleceriam em face do bem violado para a obtenção da prova ilícita.

Alguns autores, entretanto, preferem argumentar que o réu estaria acobertado pelo estado de necessidade ou mesmo pela legítima defesa, situação que afastaria a própria ilicitude da prova, já que a conduta realizada para a obtenção da mesma estaria amparada por uma excludente de ilicitude³.

Por outro lado, a utilização de prova ilícita para condenar sempre foi objeto de dissenso doutrinário e jurisprudencial. Uma linha argumentativa aponta que a proteção da sociedade frente a crimes considerados graves, bem como a dificuldade de colheita de material probatório de grande parte desses delitos justificariam a aplicação do próprio princípio da proporcionalidade, para admitir-se, então, a condenação fundada em prova ilícita^{4 5}.

Questão já clássica a esse respeito é a discussão sobre a utilização de uma interceptação telefônica não autorizada do diálogo de um terrorista e a possibilidade, em razão da gravidade do crime, de se validar essa prova para buscar a condenação do agente.

Apesar de reconhecermos certa procedência desses argumentos e a desigualdade real no combate à criminalidade, já que ela não tem qualquer limite jurídico ou moral⁶, há de se lembrar que o entendimento majoritário é de que não se pode transigir quando se trata de direitos fundamentais, pois seria o primeiro passo para a legalização do abuso e da ditadura.

Tiago Ávila⁷ sustenta que:

³ O STF aceitou essa argumentação no HC 74678 SP Moreira Alves DJ 15.8.1997

⁴ Não entraremos no debate do denominado direito penal do inimigo e do respectivo processo penal do inimigo, até porque tal tese vem provocando inúmeras polêmicas. O que basta, por enquanto, é afirmar que não é possível aniquilar frontalmente os direitos fundamentais. Ver a excelente crítica de Zaffaroni (*O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007).

⁵ Em interessante debate, “Cappelletti perguntou a Smit se, em seu entender, quando se conseguisse, através de uma prova ilegal, saber da existência de uma bomba no solo de Florença, a prova ilícita poderia ser usada para alcançar o criminoso; Smit respondeu que a prova ilícita poderia ser usada apenas para localizar e dismantelar a bomba, mas, desde que obtida ilegalmente, não poderia ser usada para punir o criminoso. Cappelletti indagou, então, qual seria o procedimento se a prova assim conseguida revelasse não apenas a identidade do criminoso, como ainda que o mesmo planejava destruir Veneza e Paris no dia seguinte, ao que Smit respondeu que casos-limite frequentemente tornam as decisões mais difíceis”. *Apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Prova ilícitas*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 151.

⁶ Veja a situação dramática de assassinatos de policiais, promotores e juízes, que será abordada adiante.

⁷ AVILA, Thiago André Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007, p. 280.

A garantia da admissibilidade possui, como teologia central, o efeito dissuasório de violações aos direitos fundamentais (fim de proteção). (...)

São críticas à garantia da inadmissibilidade à luz da funcionalidade do processo: nem sempre a exclusão da prova irá permitir um efeito dissuasório efetivo; nem sempre a admissão de provas verídicas, ainda que obtidas com alguma violação material, acarretará a injustiça do julgamento; em muitas situações (especialmente diante de crimes mais graves), a exclusão de prova obtida de forma ilícita, mas verídica, causa muito mais descrédito à integridade judicial que a sua admissão, sob uma perspectiva comunitarista; a inadmissibilidade constitui, em muitas situações, um instrumento de imunização da classe alta contra seus delitos; a inadmissibilidade das provas ilícitas não é um princípio absoluto, mas deve ser ponderada com os demais princípios conflitantes.

Paulo Trois Neto⁸ defende que:

Os fatos históricos anteriores ao advento da Constituição de 1988 contribuíram fortemente para que se atribuísse tamanha rigidez à vedação da prova ilícita. A nova Carta coincidiu com a redemocratização do país e com uma conscientização geral da necessidade de dar concretização às limitações do Estado. Todavia, como adverte Barbosa Moreira, “a melhor forma de coibir um excesso, e de impedir que se repita, não consiste em santificar o excesso oposto”. Só um modelo de princípios pode permitir a consolidação de uma ordem jurídica preocupada tanto com as garantias processuais quanto com a realização de uma justiça penal funcionalmente eficaz.

Na Alemanha, a partir do chamado “Caso do diário”, na década de 60, a jurisprudência passou a admitir, com base na lei da ponderação, um regime diferenciado para a criminalidade grave em matéria de proibições de prova. Mas a verificação da viabilidade da aceitação de uma prova obtida de forma ilícita, no direito alemão, não se dá em um plano meramente abstrato. Exige-se um exame da proporcionalidade da medida restritiva também no plano concreto, de modo que, para a sua efetivação, é indispensável verificar se ela é adequada à busca da verdade, se é necessária para formação do convencimento do juiz e se

⁸ TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. O processo penal na teoria dos princípios. *Revista de doutrina TRF 4 região*, edição 20, 29.10.2007. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br>.

é também justificável, considerando o grau de ofensa aos direitos de personalidade que a aceitação da prova acarreta.

Por fim, verifica-se que a proporcionalidade, *lato sensu*, não pode servir de argumento em função do seu subprincípio – a proporcionalidade em sentido estrito –, uma vez que as eventuais vantagens (punição) advindas da admissão da prova ilícita não superam as desvantagens (violação aos direitos fundamentais). É preciso respeitar os direitos fundamentais inclusive daqueles que alguns pensam não os merecer. Como manifestou Nelson Mandela,⁹

Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos.

Continuando. Uma diferente forma de analisar a questão é defendida por Alexandre Castro Coura¹⁰, em sua tese de doutoramento na UFMG, ao adotar interessante posicionamento, defendendo que a noção de prova ilícita somente pode ser compreendida à luz do caso concreto, pois como ensina:

Nesse sentido, à luz do julgamento do Habeas Corpus 3982-RJ, pelo Superior Tribunal de Justiça (capítulo I), por exemplo, é possível compreender por que a definição jurisdicional da (i)licitude da prova deve ser tratada em concreto, como fruto de um processo no qual as circunstâncias do caso sejam levadas em consideração, e não como um dado pressuposto, decorrente de uma perspectiva ontologizante e redutora da complexidade, inclusive nas situações em que a escuta telefônica tenha sido realizada sem autorização judicial. (...) Tomando a questão da interpretação jurídica exatamente dali, onde o positivismo kelseniano parou, há de se destacar que a legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe, igualmente, que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais. Dessa forma, apenas uma interpretação construtiva do ordenamento

⁹ *Apud* LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. *A dignidade humana e as prisões capixabas*. Vitória: Univila, 2007.

¹⁰ COURA, Alexandre de Castro. *Para uma análise crítica da vedação constitucional de provas ilícitas – contribuições para garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Orientação: Menelick de Carvalho Netto. Coorientação: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG: Belo Horizonte, novembro de 2007.

jurídico (principiologicamente concebido), atenta às peculiaridades do caso concreto, evitará um indevido alargamento do rol das provas consideradas ilícitas, permitindo identificar inúmeras situações em que a produção probatória é lícita, apesar da existência de normas restritivas “*prima facie*” aplicáveis.

Verifica-se, na tese esposada, um entendimento de que é impossível aferir em abstrato a licitude ou não de uma prova. Isso porque não é o simples descumprimento da regra estabelecida no Código Penal ou no Código de processo penal que torna determinada prova ilícita, mas sim a verificação de sua (in)compatibilidade com os direitos fundamentais em sua perspectiva global (réu e sociedade). Tal exame pode definir que, em determinados casos, mesmo que caracterizada afronta à letra do código, não há substancialmente uma violação ao Direito e, portanto, a prova é lícita e pode ser utilizada normalmente no processo.

Alexandre Coura aponta ainda que:

De outro lado, a observância formal de uma regra legal para produção probatória (como a exigência de prévia autorização judicial para escuta telefônica) não asseguraria, por si só, a validade da prova, que dependeria, em última análise, da filtragem hermenêutica realizada no curso do processo, decorrente de uma interpretação concretista da Constituição. Com efeito, ainda que a regra legal para a produção probatória tenha sido formalmente observada, eventual afronta a direitos fundamentais constatada no curso do processo, à luz do contraditório, ensejaria a declaração da ilicitude da prova.

Parece-nos ser essa visão preocupada com a justiça do caso concreto a mais adequada no atual estágio da ciência do direito¹¹, devendo, portanto, ser possível responder com precisão, apenas à luz do caso concreto, se determinada prova foi lícita naquelas circunstâncias e para aquele processo específico, como, aliás, defendeu o nosso homenageado Sergio Demoro Hamilton¹².

¹¹ Alteramos nossa posição anteriormente defendida (BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009).

¹² Eis uma de suas conclusões: “e) a mesma Constituição que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos, ampara, da mesma forma e no mesmo dispositivo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput), que, eventualmente, terão de ser postos em confronto com a regra do art. 5º, LVI, para que se possa saber, diante do caso concreto, qual bem jurídico sobreleva” (HAMILTON, Sergio Demoro, ob. cit., p. 264).

E esse entendimento é ainda mais necessário diante da criminalidade dita de poder ou também os delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*¹³, que configuram um risco para o Estado Democrático de Direito. Com efeito, valendo-se dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, a

*[c]riminalidad que hoy más amenaza a los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es actualmente la criminalidad del poder, un fenómeno ya no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en El funcionamiento normal de la sociedad. Distinguiré, esquemáticamente, dos formas de criminalidad del poder, unidas por su carácter organizado: a) la de los de tipo económico y mafioso; b) la de los crímenes de los poderes, bien de los grandes poderes económicos, o de los poderes públicos.*¹⁴

2. Do ônus no combate ao crime. A dificuldade de paridade de armas contra a criminalidade, em especial a de poder: uma criminalidade que tortura, mata e não tem nenhum limite jurídico

A lei maior, como de resto qualquer lei, deve apresentar um caráter eminentemente ético, não podendo servir de instrumento para proteger toda a sorte de abusos praticados por marginais da pior espécie, em nome da defesa dos direitos e garantias individuais de criminosos. (Sergio Demoro Hamilton)¹⁵

Primeira apreensão quando Malone atravessa a rua da delegacia para encontrar um local de distribuição de bebidas e muito movimento dentro do Correio.

Malone: Bem, aqui estamos.

Ness: Fazendo o que?

Malone: Dando uma batida.

Ness: Aqui?

¹³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013, p. 99.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi Ferrajoli. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de La democracia*. Madrid: Trotta, 2011, p. 352.

¹⁵ *Idem*, p. 265.

Malone: Mister Ness, todo mundo sabe onde a bebida está. O problema não é encontrá-la. O problema é enfrentar Capone. Vamos!

Como se sabe, a efetividade do processo criminal depende fundamentalmente dos meios de prova utilizados, eis que apenas por meio desse caminho, quando desenvolvido de forma clara, será possível jogar luzes no fato até então obscuro, proporcionando ao julgador uma aproximação mais segura em relação à verdade, ainda que somente processual. Melhor dizendo, que tenha o julgador, na sua tarefa árdua de reconstituição do fato criminoso, uma crença de estar de posse da verdade, ainda que não seja real, porém possível de se alcançar dentro do que foi desenvolvido nos autos do processo.

Não por outro motivo que Juan-Luis Gómez Colomer destaca que *“La institución de la prueba es la clave de bóveda de todo proceso, porque para ganar el juicio tienes que convencer al juez de que la razón está de tu parte. Lo demás es, en cierto sentido, accesorio.”*¹⁶ E esse tema, nos tempos atuais, converteu-se em uma das questões mais problemáticas, notadamente considerando a evolução da criminalidade, com destaque para a chamada criminalidade de poder e organizada.

Realmente, considerando as características da criminalidade de poder e o perfil daqueles que praticam tais ilícitos, enormes são as dificuldades probatórias no campo penal. De fato, ilícitos como os de corrupção – e os que gravitam em torno dele, como a lavagem de capitais – têm como uma das suas características marcantes a clandestinidade, que é mais saliente, por exemplo, do que outros ilícitos do cotidiano, como os crimes típicos da denominada criminalidade de rua (crimes contra o patrimônio, contra a vida etc.). Como observam Maria José Morgado e José Vegar, “os seus autores são criminosos sem rosto, aparentemente sem acto e que não provocam danos visíveis, apesar de, na realidade, estes últimos serem graves e profundos”¹⁷.

É uma observação perfeitamente aplicável para a realidade brasileira, na qual, por exemplo, muitos casos de corrupção não são percebidos, descobertos e efetivamente punidos, confirmando a lógica de que a corrupção vive e se alimenta das sombras, aproveitando-se dos espaços vazios que favorecem seu crescimento. Como bem observou Lucas Rocha Furtado, “a corrupção é crime sem rastro ou, em linguagem processual, sem provas. É necessário que alguém que integre o grupo corrupto denuncie o esquema de corrupção para que ela possa ser investigada e punida”¹⁸.

¹⁶ COLOMER, Juan-Luis Gómez. Prólogo. In Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI. COLOMER, Juan-Luis Gómez (Coordinador). Santa Fe: Rubnizal-Culzoni, 2010, p. 9.

¹⁷ MORGADO, Maria José; VEGAR, José. *O inimigo sem rosto: fraude e corrupção em Portugal*. Lisboa: Dom Quixote, 2003, p. 28.

¹⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e corrupção: análise de casos (inclusive da operação lava jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 232.

É necessário também lembrar que as formas de cometimento dos ilícitos de poder estão em permanente mutação e evolução, especialmente com a utilização de tecnologia de ponta. Como observa Deltan Dallagnol, ao tratar dos crimes de corrupção,

[h]oje, documentos são mantidos em nuvens com senhas, o que impede sua apreensão física e dificulta o acesso. Telefones são usados em circuitos fechados, para comunicação exclusiva entre determinadas pessoas. Isso dificulta que sejam descobertos e monitorados. Mais de 30 aparelhos foram encontrados com Alberto Youssef, que usava esse sistema ponto a ponto. Além disso, novos meios de transmissão de voz e mensagens são difíceis de interceptar.¹⁹

Assim, além de ser fundamental que os órgãos de fiscalização e repressão sejam devidamente aparelhados e organizados, também é imprescindível que exista evolução e modernização nos mecanismos de investigação, inclusive do ponto de vista legislativo, como se deu com a Lei nº 12.850/2013, que definiu organização criminosa e também dispôs sobre a investigação criminal os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal para o enfrentamento de tal fenômeno que tem, como foi visto, estreita ligação com a corrupção. Merece ser ressaltado que a citada lei conferiu uma maior clareza e disciplina para um dos instrumentos que atualmente vêm se revelando como um dos mais eficientes no enfrentamento da criminalidade organizada e da corrupção, que é a colaboração premiada.

Seguindo, considerando a complexidade do fenômeno da criminalidade organizada, é essencial que haja uma modernização de todo sistema de repressão. Nessa linha, como bem observado por Jorge F. Malem Seña,

[e]n la lucha contra la corrupción es necesario un sistema punitivo moderno que dé respuesta a la nueva forma de criminalidad asociada a la corrupción, que ataque los aspectos menos visibles como el lavado de dinero o el secreto bancario y un sistema judicial, independiente e imparcial, dotado de medios para dar respuesta rápida y contundente a las demandas y denuncias de los ciudadanos con abstención de la persona o del cargo del acusado o inculpaado. De hecho, todo el sistema estatal, promocional, del control punitivo, debe ser creíble, debe ofrecer previsibilidad y una eficaz seguridad jurídica.²⁰

¹⁹ DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a lava jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira pessoa, 2017, p. 181.

²⁰ SEÑA, Jorge F. Malem. *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 127.

Avançar é preciso, sendo urgente pensar mudanças legislativas e outros instrumentos²¹, especialmente quando se considera também o perfil de alguns agentes, que sabidamente possuem parcela do poder estatal e econômico. Mas não é só, pois também é fundamental uma mudança de mentalidade na interpretação das leis penais e processuais penais.

3. Ameaças e execução de agentes do estado. A reação previsível do crime

O direito que consagra a impunidade geral caminha para a autofagia. (Sergio Demoro Hamilton)²²

Após a apreensão, um vereador oferece propina no gabinete de Ness que a rechaça e o vereador então o critica, perguntando se o mesmo se acha intocável. Cena seguinte, um capanga de Capone na porta da casa de Ness pergunta para o mesmo que estava chegando: Casa bonita, você mora aí? É aniversário da garotinha, não? É bom ter uma família. Um homem tem de ter cuidado para garantir que nada lhe aconteça.

Assassinato de Wallace e de uma testemunha no elevador dentro da delegacia de polícia por um criminoso disfarçado de policial. Elevador banhado de sangue tocáveis.

Nunca é demais lembrar que a criminalidade de poder, em especial a organizada, para garantir a impunidade e a facilitação na prática de crimes, busca a união com os poderes estabelecidos (políticos e/ou jurídicos). É comum estabelecer essa união de interesses consistente na ajuda financeira para campanhas eleitorais. Trata-se de uma das características mais presentes nos últimos tempos.

Assim, as organizações criminosas, visando aumentar seu poder, sua conexão, ora financiam campanha de candidatos, que depois ficam sob sua dependência, ora infiltram seus próprios membros nos setores do poder público. Para ilustrar essa característica, vale lembrar o que disse certa vez “Big” Paul Castellano, sucessor de Carlo Gambino na

²¹ Digno de registro é a iniciativa da FGV em parceria com a Transparência Internacional, intitulada “Novas Medidas Contra a Corrupção”. Conforme consta da apresentação do pacote: “A partir da compilação de melhores práticas nacionais e internacionais e da colaboração de vários setores da sociedade brasileira, construiu-se o maior pacote anticorrupção já desenvolvido no mundo. Trata-se de uma plataforma de propostas de reforma legislativa, administrativa e institucional, com o objetivo de promover um debate público orientado às causas sistêmicas da corrupção e de oferecer soluções permanentes para o seu enfrentamento no longo prazo. Esta iniciativa culminou na criação de um pacote com 70 medidas, incluindo anteprojeto de lei, propostas de emenda à Constituição, projetos de resolução e outras normas voltadas ao controle da corrupção (disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23949/NovasMedidasContraCorrupcao%CC%A7a%CC%83o_Completo.pdf?sequence=10&isAllowed=y>. Acesso em 10/10/2018).

²² Ob. cit., p. 266.

chefia de uma das cinco famílias da máfia de New York. Disse ele: “Não preciso mais de pistoleiros. Agora quero deputados e senadores”²³. Desse modo, com essa relação promíscua e simbiótica, valendo-se das palavras do jurista alemão Hassemer²⁴, temos uma paralisação do braço que deveria combater a criminalidade organizada.

Ainda assim, em certos casos, são percebidas investidas covardes contra a vida daqueles que atuam no enfrentamento desse tipo de criminalidade, em especial membros da magistratura e do Ministério Público. Inclusive, no que se refere aos primeiros, segundo levantamento do CNJ, em 2017, foram contabilizados 110 magistrados sob ameaça.²⁵ Não há como fechar os olhos diante dessa realidade, pois os dados demonstram que referidas ameaças, por vezes, concretizam-se.²⁶

Não se trata, portanto, de uma mera ficção. Por isso, não se compreende o fato de que alguns insistam em negar a existência de organizações criminosas atuando em terras brasileiras, o que é o mesmo que fechar os olhos para uma realidade incontestável. Aliás, em citação perfeitamente válida para a nossa realidade, parodiando Diego Tajani²⁷, pode-se dizer que “negar a existência do crime organizado é como negar a existência do Sol”.

Logo, essa perigosa face da criminalidade, típica de uma verdadeira sociedade de risco²⁸, reclama a máxima efetividade no que tange à sua repressão, o que importa

²³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 17.

²⁴ Limites Del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada, in Ciências Criminais, 6, nº 23, Julho-Setembro de 1988, p. 26 (*apud* SANTOS, Cláudia Maria Cruz, O Crime de Colarinho Branco (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da Justiça Penal). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 90.

²⁵ Diagnóstico da Segurança Institucional do Poder Judiciário 2018 – Ano-base 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2018/09/f961723d40e5b6ceb2c9ea230cc8f2ec9.pdf>>, acesso em 15/12/2019.

²⁶ Bastando, para ilustrar, lembrar o seguinte histórico traçado pela AMB de juízes covardemente assassinados: “1999 – O juiz Leopoldino do Amaral, 45 anos, foi morto no Paraguai após denunciar suposto esquema de venda de sentenças em Mato Grosso. Acusado de ser o mandante do crime, o empresário Josino Guimarães foi absolvido em 2011. 2003 – O juiz Antônio José Machado Dias, 47 anos, foi brutalmente executado em Presidente Prudente (SP), quando saía do fórum. Entre os acusados, integrantes de uma facção criminosa paulista. Todos já foram condenados. 2003 – O juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 32 anos, foi assassinado com três tiros no Espírito Santo. O crime é resultado da participação de Alexandre na investigação de ações do crime organizado. 2011 – A juíza Patrícia Acioli, 47 anos, foi morta na porta de casa com 21 tiros no Rio de Janeiro. Ela atuava em diversos processos em que os réus eram PMs do município. Todos os 11 acusados foram condenados” (disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2015/08/AMB_Informa_163_site.pdf>, acesso em 15/12/2019).

²⁷ Diego Tajani foi deputado do Sul da Itália e tinha sido procurador-geral no Tribunal de Apelação de Palermo entre 1868 a 1872. Em junho de 1875, durante um tenso debate de dias no parlamento italiano a respeito da atuação da máfia na Sicília, em celebre discurso, Tajani teria iniciado sua fala dizendo que “negar a existência da máfia, era como negar a existência do Sol”, tendo concluído seu discurso com a seguinte conclusão: “A máfia na Sicília não é perigosa ou invencível por si mesma. É perigosa e invencível, porque é um instrumento do governo local” (*apud* DICKIE, John. História da Máfia Siciliana. Cosa Nostra. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 92-94).

²⁸ Sobre o tema, *vide* BECK, Ulrich. *La sociedad Del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2006.

dizer que, em determinados casos, algumas garantias fundamentais podem e devem ser mitigadas e ponderadas, como também alguns princípios até então intocados do Direito Penal e do Direito Processual Penal deverão ser repensados à luz de uma nova realidade, de uma sociedade cada vez mais complexa, na qual os riscos, em algumas situações, atingem proporções alarmantes.

Com efeito, como salienta Germano Marques da Silva²⁹:

Neste começo de século e de milênio, tudo se encontra em estado de profunda e acelerada mudança, embora muitos pareçam não se dar conta dos novos tipos de conflitos de interesses gerados, nomeadamente pela transformação da economia e da globalização, e alimentem ainda a ingênua crença de que, no meio da mudança, o Direito permaneça igual.

Assim, essa nova realidade – apesar de muitos insistirem em fechar os olhos – também revela uma constatação inexorável: o Direito Penal e o Direito Processual Penal de uma perspectiva puramente liberal, em diversos casos, não se mostram adequados para o enfrentamento da criminalidade contemporânea, em especial a criminalidade de poder, com suas verdadeiras “multinacionais do crime”.³⁰

Portanto, no atual cenário, defendemos que a criminalidade de poder, pela sua potencialidade lesiva, pelo seu estreito relacionamento com os poderes públicos, precisa ser enfrentada com medidas inteligentes e instrumentos adequados e efetivos. Logo, o Estado deve se organizar e se estruturar, valendo-se de uma polícia criminal clara, que faça uma exata distinção, conforme preconiza Winfried Hassemer³¹, entre a criminalidade de massa e a criminalidade organizada, para que a última não venha a ser banalizada, com sério comprometimento de legitimação de suas regras, dificultando uma adequada política criminal.

Assim, deve ser repudiada uma postura que importe na radicalização dos direitos fundamentais, que, na visão de Isabel Oneto³², pode vir a conduzir “a eliminação da sua dimensão objectiva”, o que poderia acarretar:

²⁹ Os Novos Desafios do Processo penal. In: *II Congresso de Processo Penal. Memórias*. Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2006, p. 296.

³⁰ Segundo Germano Marques da Silva (idem, p. 301), “A nova criminalidade não conhece fronteiras e, à semelhança das multinacionais no domínio econômico, também há agora multinacionais do crime, dotadas de meios sofisticados e poderosos muitas vezes superiores aos que os Estados dispõem para o seu combate, reclamando que os meios de prevenção, instrumentos punitivos e de perseguição sejam harmonizados e intensificados a cooperação judiciária e policial internacional no combate ao crime no espaço globalizado”.

³¹ Segurança Pública no Estado de Direito. In: *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 61-81.

³² *O Agente Infiltrado*. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 170.

[n]a paralisação da eficácia da administração da justiça, entendida esta como uma imposição ao Estado de Direito. Na verdade, o princípio do Estado de Direito “não exige apenas a garantia de defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de facto”.

Destarte, conforme observa com acerto a citada autora,

[u]ma compreensão dos direitos fundamentais totalmente subjectivada acabaria por, no estado actual da criminalidade organizada, provocar uma progressiva restrição dos direitos fundamentais e, no limite, a sua supressão, perante um Estado ineficaz, sem instrumentos de defesa perante essas agressões. Veja-se, como mero exemplo, o crime de branqueamento de capitais. Trata-se de um ilícito típico que determina “repúdio social”, mas, simultaneamente, um “amolecimento da consciência ética quando se veem as instâncias do poder público ficar bloqueadas ou ser, de forma absoluta, inoperantes”.

A administração eficaz da justiça não pode, assim, deixar de ser entendida como um princípio do Estado de Direito, sobretudo quando a nova criminalidade ameaça corroer as suas próprias estruturas. Na verdade, não é possível, em nome da observância estrita dos direitos fundamentais, deixar de dotar os órgãos de polícia criminal de instrumentos que lhes permitam, por exemplo, combater a corrupção, a qual subverte totalmente o princípio da igualdade dos cidadãos perante a Administração, ou o crime de branqueamento de capitais, que já lançou raízes nos sistemas económico-financeiros de vários países.³³

4. É preciso confiar no sistema. Existem direitos intocáveis no processo penal?

A Constituição Federal protege o direito; não o abuso de direito. (Sergio Demoro Hamilton)³⁴

Ness prende o assassino de Malone... Eu vou assistir você apodrecer na prisão, porque você matou meu amigo. Ele morreu como um porco. O que você disse que seu amigo morreu berrando como um porco

³³ *Idem*, p. 171.

³⁴ *Ob. cit.*, p. 265.

irlandês. Pense nisso quando eu for absolvido. Ness então empurra o assassino do terraço do prédio e pergunta se ele berrou assim?

Diante do que foi abordado, são pertinentes as observações de Vera Regina P. de Andrade, quando assevera que o:

[c]ontrola penal do capitalismo globalizado do capitalismo liberal vai caracterizando-se, dessa forma, por um caminho de dupla via metódica, integrada por dois núcleos: um núcleo duro, traduzido na prisão, fechada, crescentemente cautelar e sem garantias, com “regimes diferenciados” para os baixos estratos sociais e excluídos; e um núcleo brando, traduzido na imunização ou nas alternativas penais endereçadas aos estratos altos, altíssimo e médios.³⁵

Desse modo, nas palavras de Alessandro Baratta³⁶, “criam-se, assim, zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas”. Na verdade, essas regras imunizadoras funcionam como verdadeiras estratégias retóricas para o relato vencedor³⁷.

A conclusão inexorável é que a questão da baixa incidência do sistema de justiça criminal, em relação aos crimes que gravitam em torno da criminalidade organizada, é de uma clareza solar, não sendo um discurso meramente panfletário e alarmista. Logo, é perfeitamente possível também inferir que, em terras brasileiras, são pertinentes as preocupações de Massimo Donini, no sentido de que existe uma política criminal forte para o débil e fraca para o forte³⁸. Realmente, não obstante os avanços, no que tange aos crimes de colarinho branco, como os relativos à corrupção, ainda se faz presente no Brasil um escandaloso cenário de “paraíso da impunidade”, uma vez que, infelizmente, são notados espaços propícios no direito para os agentes corruptos desenvolverem suas atividades com o mínimo de risco possível³⁹.

³⁵ ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 174.

³⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 176.

³⁷ Sobre o tema: ADEOATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

³⁸ DONINI, Massimo. *Il volto dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milán: Giuffrè, 2004, p. 137.

³⁹ Essa é uma questão que precisa ser enfrentada pela dogmática penal, o que pretendemos desenvolver em outro estudo relacionado aos crimes de corrupção. Sobre os “paraísos de impunidade” ver: RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009, p. 133.

Isso tudo decorre das características desse tipo de criminalidade, denominada por L. M. Díez-Picazo de “criminalidade governativa”, pois, nesses casos, os agentes criminosos, para cometerem delitos e evitar as investigações e as punições, dispõem de meios jurídicos, econômicos, humanos e tecnológicos que são privativos do Estado⁴⁰, sendo, por isso, considerados tipos de criminosos inatingíveis, conforme tipologia proposta por Fattah⁴¹ para diferenciar dos criminosos sacrificáveis, indesejáveis e intocáveis. Enfim, configura um dos mais graves tipos de criminalidade a atentar contra bens e direitos fundamentais, sendo diferenciada pelo uso do poder e, por essa razão, denominada por Luigi Ferrajoli como sendo um tipo de “criminalidade de poder”⁴².

Não há como se resignar com essa paradoxal realidade. Em um sistema que se diz democrático, não pode haver pessoas absolutamente inatingíveis pelo sistema de justiça criminal em vista de pretensos direitos inatingíveis. Será possível continuarmos a enxergar o Estado Pós-Moderno apenas com uma visão de um Estado puramente liberal, desconsiderando a sua própria evolução para um Estado Social e Democrático de Direito, preocupado não somente com as garantias individuais (garantismo negativo), mas também com os direitos sociais, dentre os quais se encontra inegavelmente a segurança pública⁴³ (garantismo positivo)?

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, L. M. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Biblioteca de Bolsillo, 2000, p. 13.

⁴¹ Citada por Cláudia Maria Cruz Santos, que assim resume a proposta: “Muito mais recentemente, Fattah veio a propor uma nova tipologia de criminosos, baseada nas suas atitudes e na reacção social desencadeada por diferentes grupos de agentes. Em primeiro lugar, refere os sacrificáveis, ‘aqueles pobres coitados tão bem descritos por Victor Hugo na sua famosa obra *Les Misérables*’, que são os totalmente destituídos de poder, os pobres, os que cometem os crimes comuns, sendo por eles punidos e estigmatizados pelo aparelho de repressão penal. Seguem-se-lhes os indesejáveis, aqueles que, ainda que não sejam criminalmente perigosos, optaram por um modo de vida considerado reprovável e são, por isso, marginalizados: os vagabundos, as prostitutas, os alcoólicos, os toxicod dependentes... Em terceiro lugar, surgem os inatingíveis, os criminosos a que temos chamado de *white-collar* e que Fattah classifica como os que, só com grande dificuldade e em casos muito excepcionais, são atingidos pelo braço da lei, porque têm um poder que lhes permite ‘escapar à detenção, ao processamento e à condenação, graças à sua habilidade para tirar proveito das lacunas que existem na lei, para obstruir o curso da justiça, para burlar o funcionamento da justiça penal, evitando as acusações criminais ou a aplicação de sanções penais’. Finalmente, uma última categoria é reservada aos intocáveis, criminosos como os diplomatas estrangeiros ou os chefes de Estado, que parecem estar ‘verdadeiramente acima da lei’. Também estes, quando pratiquem delitos no exercício das suas funções, devem ser considerados criminosos de colarinho branco” (SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal), ob. cit., p. 198-199).

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia, ob. cit, p. 352.

⁴³ Aliás, sobre o direito fundamental à segurança, é importante o alerta de Luciano Oliveira (*Segurança: Um direito humano para ser levado a sério*. Em Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito nº 11. Recife, 2000, p. 244): “E não estou falando retoricamente, estou falando textualmente... Entretanto, geralmente nos esquecemos disso. Na verdade, tão raramente nos lembramos disso que seria o caso de perguntar se algum dia ‘soubemos’ de tal coisa – isto é, que a segurança, a segurança pessoal, é um dos direitos humanos mais importantes e elementares. E, como disse, estou falando textualmente, com base nos documentos fundamentais dessa tradução, sejam Declarações inaugurais da Revolução Francesa de fins do Século XVIII, seja a Declaração da OUNU de 1948”. No mesmo sentido: SOUSA, Antônio Francisco de. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

Portanto, defender que é possível responder com precisão, apenas à luz do caso concreto, se determinada prova foi lícita naquelas circunstâncias e para aquele processo específico, não pode ser considerado um entendimento que venha a ferir o garantismo, a menos que se trabalhe apenas com o garantismo negativo, olvidando-se do denominado garantismo positivo e consequente, que reclama uma proteção eficiente dos direitos fundamentais em todas suas dimensões⁴⁴, o que vem a ser o que parte da doutrina denomina de garantismo integral⁴⁵.

Desse modo, dizer que esse entendimento é perigoso e que viola princípios constitucionais, em especial o princípio da vedação de provas ilícitas, acaba configurando uma postura que protege de forma deficiente alguns direitos fundamentais, como o direito à segurança pública, a um processo penal eficaz, mormente em hipóteses de criminalidade difusa, como os casos de corrupção e envolvimento de organizações criminosas, não passando, portanto, de um “garantismo unilateral”⁴⁶, que configura um risco para o Estado Democrático de Direito.

⁴⁴ Sobre o tema, conferir, dentre outros: STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴⁵ Nesse sentido: FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? *In: Garantismo Penal Integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Organizadores: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 29-56. No referido ensaio, o autor conclui: “Em síntese, do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiência na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre acorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monoclar: evidenciase desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monoclar) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral”. Mais recentemente, em excelente estudo, Douglas Fischer destaca que “ao tempo em que se deve estabelecer uma imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, há de se fazer igualmente (e na mesma medida possível) a proteção dos interesses individuais e coletivos. (...) Em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança” (FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas*: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 35).

⁴⁶ Sobre tal risco, em lição perfeitamente válida para o Brasil, alerta Mantovani: “*Hoy la ciencia penal, por lo menos italiana, peca de un garantismo unilateral. Se preocupa de garantizar los derechos del reo, pero no los de la víctima. Sin Duda, el reo constituye un valor humano, pero no lo es menos la víctima potencial. Si el Estado y la doctrina no aciertan a responder a las exigencias de seguridad de los ciudadanos, se producirá una fractura entre estos y el poder y se perderá la confianza en el Estado, con una fatal regresión a los fenómenos degenerativos de la omisión de denuncia de los delitos, de la autodefensa privada (multiplicación de las policías privadas, de los guardaespaldas, de los ciudadanos armados, de los lugares blindados, de las alarmas sonoras, etcétera), de la justicia privada y de los delitos de los de reacción (venganzas, tentativa de linchamiento de los delincuentes detenidos in fragranti, etc.). Y con una creciente incomunicación entre el legislador y la ciencia penal, que se autoexcluye de la*

Pensar de modo contrário acaba consagrando um Estado débil frente à criminalidade de poder e um Estado forte frente à criminalidade de massa (tradicional), criando verdadeiros “paraísos jurídico-penais”⁴⁷ ou “paraísos de impunidade” para os primeiros. Inclusive, sobre os “paraísos de impunidade”, cabe destacar que configuram terreno fértil para o avanço e crescimento das organizações criminosas. Com efeito, conforme destaca Laura Zúñiga Rodríguez⁴⁸:

Las organizaciones criminales buscan la obtención del mayor beneficio económico posible, aprovechando las altas ganancias que genera El tráfico ilícito, en relación a la mínima inversión. Es verdad que, como se há visto, El riesgo que produce la comercialización de mercancías y bienes ilícitos es proporcional a las ganancias, pero también es verdad que dichas organizaciones buscan paraísos de impunidade, espacios de no derecho para desarrollar SUS actividades com el mínimo riesgo posible. La búsqueda de beneficio económico es lo que mueve fundamentalmente a la criminalidad organizada.

Nessa senda, também são oportunas as observações de Karl Heinz Gössel⁴⁹:

En ello el legislador debe caminar por la cornisa demasiado estrecho entre el abismo igualmente funesto del Estado policial y del Estado vigía. El Estado policial prepotente y superpoderoso hece retroceder la criminalidad a una medida relativamente pequeña, pero produce efectos destructores de la libertad postergando la justiça en favor de los fines estatales prevalecientes, como todas las dictaduras enseñan, sean ellas de naturaleza fascista o socialista. Pero el Estado demasiado débil produce efectos igualmente demasiado destructores de la libertad: él no puede obstaculizar más la ocupación de las zonas que deja abandonadas por el ejercicio incontrolado de la violencia privada, como lo demuestra claramente el enorme poder fáctico de las organizaciones criminales en algunos Estados con constituciones democráticas das con constituciones democráticas apreciadas con justicia como liberales.

política criminal, de modo que hoy los interlocutores privilegiados del legislador son la magistratura y la abogacía” (Apud CARDONA, Martín Eduardo Botero. *El sistema procesal penal acusatorio. El justo proceso. Estructura y funcionamiento*. Lima: Ara, 2009, p. 329).

⁴⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María. Ob. cit., p. 105.

⁴⁸ *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Comares, 2009, p. 133.

⁴⁹ El Principio del Estado de Derecho en su significado para el procedimiento penal. In: *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Obras Completas. Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 70.

Aliás, cabe aqui relembrar um dos casos mais emblemáticos de enfrentamento da corrupção e da criminalidade organizada mundialmente conhecido: a operação “*Mani Pulite*” (“Mãos Limpas”) na Itália. Luigi Ferrajoli, considerado atualmente a figura máxima do garantismo, ao discorrer sobre o fenômeno de “*Tangentopoli*”,⁵⁰ deixa a impressão de que os tão criticados excessos, eventualmente cometidos na referida operação, foram justificados, pois:

Àqueles que atacam globalmente a investigação de Tangentopoli em nome do garantismo, devemos objetar que de garantismo e de estado de direito não tem sequer sentido falar (...). O mérito histórico dos magistrados de Mani Pulite – mais do que os erros e os excessos em que possam ter incorrido e de que falarei logo – foi não apenas e não tanto aquele de haver varrido uma classe política corrupta, quanto o de haver reabilitado, em nosso país, o valor da legalidade e o princípio da subordinação à lei por parte dos poderes públicos.⁵¹

Mutatis mutandis, as observações do doutrinador italiano podem ser transportadas para a criminalidade organizada e o caso endêmico da corrupção brasileira, sendo possível se falar, em situações limites, de mitigação de garantias no caso concreto – o que não

⁵⁰ Que significa “Cidade das Propinas”, sendo o nome dado pelos jornalistas italianos para falar sobre o sistema de corrupção enraizado no Estado, considerada pelo próprio Luigi Ferrajoli como “a crise institucional mais profunda e perturbadora sofrida pelo nosso país desde a libertação até a atualidade. (...) que determinou a derrubada de toda uma classe política e, com isto, o final de uma época na vida de nosso país. Nunca havia ocorrido na história, não somente italiana, que um sistema político fosse destruído desde seus cimentos pelo exercício da jurisdição penal e que, pela intervenção penal, fossem derrubados partidos no governo e nomenclaturas consolidadas. Nem sequer o escândalo Watergate, que, vinte anos atrás, forçou a renúncia do presidente Nixon, é comparável, pela dimensão e profundidade, com a crise que hoje atravessa nosso país” (*Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana u el rol de la magistratura*. Pena y Estado 1/115, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995, p. 114-115). Observa o renomado jurista que este “Estado social pervertido” e essa “economia corrupta” se perpetuaram “durante quatro décadas e pujantemente desenvolvida nos anos oitenta graças à ineficácia do direito, a falta de responsabilidade política e de reciclagem de nossa classe de governantes, envolta por impunidade e inamovibilidade permanentes”, destacando, ainda, que “A pesquisa de Tangentopoli nos revelou, com efeito, um dos diagnósticos mais obscuros do passado: o país em que vivemos não era – não é – um Estado Democrático de Direito (pelo menos se com este termos entendemos a submissão à lei dos poderes públicos e, portanto, a visibilidade, a transparência, o controle de seu atuar). (...) Devemos reconhecer que nosso Estado foi, em realidade, um Estado duplo, dado que, por detrás da fachada legal e representativa das instituições, cresceu um infra-Estado clandestino, dotado de códigos e tributos próprios, organizado em centros de poderes ocultos e invisíveis, cujo fim foi a apropriação privada da coisa pública” (ob. cit., p. 115).

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, *idem*, p. 115. Aliás, a respeito do combate ao crime organizado italiano e o instituto da colaboração premiada, Ada Pellegrini Grinover (O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, J. de Camargo (Coord.). *Justiça Penal*, v. 3: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: RT, 1995, p. 76) observa: “Foram muitas críticas à delação premiada, mas acabou estabelecendo-se um consenso em torno da necessidade de medidas extremas, que representavam a resposta a um estado de verdadeira guerra contra as instituições democráticas e a segurança dos cidadãos”.

significa eliminação –, desde que preservado o conteúdo mínimo, o núcleo essencial, dos direitos fundamentais, valendo-se, para tanto, do princípio da proporcionalidade.

Por isso, é preciso confiar no sistema e entender que o Estado não pode ser mais visto como o Leviatã, uma vez que o Estado também é amigo dos direitos fundamentais, posto que tem deveres de proteção cristalizados na Constituição Federal, dentre os quais se encontra a prevenção e a repressão ao crime. E, nesse cenário, não há espaço para posturas como a dos denominados “puristas garantistas”, que segundo Massimo Donini:

[n]o son capaces de admitir um “lucha jurídica”, es decir una acción de contraste realizada con medios jurídicos lícitos. Non vem que el Derecho penal, antes que por los jueces, es utilizado pela policía y por los Ministerios Públicos. Para ellos, sin embargo, está sólo el juez, que como un lógico resuelve silogismos prácticos. Como mucho, las normas están orientadas a una “finalidade político-criminal”: que es aquella gestionada por la hermenéutica de los juristas garantistas, que responden directamente a los principios intangibles, indeclinables (la “Constitución-código”), todos integralmente indisponibles para cualquier mayoría parlamentaria, y que las praxis debe obsequiar como el verbo al oráculo. Los principios no admiten excepciones, y las reglas – si son tales – tampoco. A sotener este punto de vista “político” también contribuye la doctrina “científica” de los estados de excepción no serían regulables por ley.⁵²

Encontrar o ponto de equilíbrio é essencial, devendo ser rechaçada qualquer postura radical, especialmente quando impregnada de posturas ideológicas de direita ou esquerda, que são tendenciosas e partidárias de uma espécie de “direito penal do amigo”⁵³ e, dessa forma, contrárias ao sentido do Estado Democrático de Direito, que só tem e pode ter um único lado: a defesa dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

⁵² DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara, 2010, p. 251.

⁵³ Aqui são novamente oportunos, e apropriados para o sistema brasileiro, os ensinamentos de Massimo Donini: “La política criminal italiana, la verdad sea dicha, há conocido recentemente muchas formas de lo que há sido llamado el Derecho penal del amigo: fenómeno odioso, que ha conocido la introducción de tipos privilegiados, de leys ad personam, en la precedente legislatura. Lo recordamos aquí, porque siempre hemos pensado que el garantismo – que no es tutela frente al Derecho penal, sino frente a un uso político del mismo, flanqueado por el vínculo de los principios – no es ni izquierdas ni de derechas, sino justamente por esto puede también convertirse en instrumento de cualquier parte política. Y de hecho el ‘garantismo de derechas’ há menudo se ha comportado, en contra de la magistratura, privilegiando (por ejemplo a los empresarios), con excepciones in bonam partem, como también el ‘de izquierdas’ miraba, en años passados, contra el legislador, sobre todo ciertas categorías (por ejemplo, ‘los compañeros que se equivocan’) con cierta benevolencia, proclamando la ilegitimidade de excepciones in malam partem” (DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, ob. cit., p. 254).

5. E quando a prova ilícita envolve a compra do próprio julgamento?

Escrever sem o compromisso de julgar é fácil; o difícil é aplicar ao caso concreto a lei. (William Patterson – *apud* Sergio Demoro Hamilton)⁵⁴

Ness recebe um papel com a informação de que os jurados foram corrompidos por Capone com o preço que foi pago para cada jurado. Em audiência com o juiz, o promotor e o advogado de defesa, o juiz afirma que não é uma prova relevante o papel e que não vai mudar os jurados.

Ness então fala: Meritíssimo, a verdade é que Capone é um assassino que saíra livre. Só há um meio de lidar com gente assim e é caçando-os. Eu os cacei. Traí a mim mesmo. Violei as leis que jurei defender. Estou satisfeito, pois agi bem.

Juiz: Ele tem de ser detido, eu decidirei o que fazer então.

Ness pede um minuto reservado com o juiz, que concorda.

Realizada a troca de jurados, o promotor questiona Ness: O que disse a ele?

Ness: Que o nome dele também estava no livro caixa de Capone.

Promotor: Mas o nome dele não está lá.

Outro aspecto importante a respeito do perfil dos agentes da criminalidade de poder, em especial no que diz respeito aos atos de corrupção do “andar de cima”, dos potentes, é que acabam se valendo do poder que ostentam para paralisar o braço do Estado responsável pela prevenção, fiscalização e punição dos referidos atos. E isso pode ocorrer de diversos modos, inclusive por meio de suborno, tornando, em alguns casos venais e extorquíveis, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, como é percebido na relação da política com a criminalidade organizada⁵⁵, que consegue capturar o Estado, pervertendo o sentido de democracia, que passa a ser vista como uma cleptocracia (um governo de ladrões) ou uma kakistocracia (o governo dos maus, dos piores⁵⁶).

Por isso, como bem lembrado por James William Coleman,

⁵⁴ Ob. cit., p. 261.

⁵⁵ HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 66.

⁵⁶ BOVENO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

fica claro que o esforço para aplicação das leis contra esses crimes fracassa com tanta frequência porque são difíceis de serem detectados e também porque a influência e a riqueza desses criminosos permitem que eles escapem do braço forte da lei⁵⁷,

tornando, como já destacado, o Estado débil em relação a esse tipo de criminalidade e assim fazendo valer a célebre frase atribuída ao estadista, legislador e poeta grego antigo, Sólon, no sentido de que “as leis são como as teias de aranha que apanham os pequenos insectos e são rasgadas pelos grandes”⁵⁸.

Não se trata de discurso apocalíptico, demagógico ou do “direito penal e processual penal do terror”. Apenas revela a preocupação de que, no processo penal moderno, deve-se buscar o equilíbrio, uma “concordância prática”⁵⁹ entre seus dois pontos de tensão (a eficácia no combate ao crime para a defesa da comunidade x a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos em geral e dos investigados e réus em particular). Devemos, portanto, estar preparados para os novos desafios da pós-modernidade, pois como destaca Anabela Miranda Rodrigues⁶⁰:

Perante os novos e grandes riscos da pós-modernidade, de que hoje a criminalidade organizada é um exemplo paradigmático, pede-se (hoje) ao direito penal que não seja só um “ordenamento de liberdade”. Limitativo, portanto, dos poderes do Estado na intervenção junto dos cidadãos, porque esta é a melhor protecção dos seus direitos. Pede-se-lhe que seja também um “ordenamento de segurança”. Que satisfaça, “paradoxalmente”, duas ambições: que limite os poderes do Estado, em nome da protecção dos direitos dos cidadãos; e que amplie os poderes do Estado, também em nome da protecção dos cidadãos.

⁵⁷ COLEMAN, James Willian. *A elite do crime*: para entender o crime de colarinho branco. 5 ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 279.

⁵⁸ Frase inclusive repetida e adaptada por criminosos potentes, como demonstrado por Edwin H. Sutherland na sua clássica obra sobre crimes de colarinho branco. Segundo o criminólogo, Daniel Drew, “um velho fraudador descreve o funcionamento da lei penal com precisão: ‘A lei é como teia de aranha: é feita para mosquitos e insetos pequenos, por assim dizer, mas deixa o grande zangão passar direto. Quando deparo com tecnicismo da lei no meu caminho, sempre sou capaz de removê-los facilmente’” (SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 100-101).

⁵⁹ LOUREIRO, Flávia Novera. A (I)Mutabilidade do Paradigma Processual Penal Respeitante aos Direitos Fundamentais em Pleno Século XXI. In: *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coordenação: Mário Ferreira Monte (Dir.), Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Novera Loureiro. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 275.

⁶⁰ A defesa do argüido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 12, 2002, p. 550.

E certamente não haverá que se falar em um “ordenamento de segurança” de proteção dos cidadãos quando tivermos situações nas quais a prova ilícita envolva a compra do próprio julgamento. E essa é, infelizmente, uma realidade que não pode ser desconsiderada nos casos relativos ao julgamento de integrantes da denominada criminalidade de poder.

Esse é apenas mais um exemplo para se levar a sério, no Brasil, uma questão crucial para um adequado enfrentamento da criminalidade de poder, com destaque para os crimes de corrupção. Nessa senda, em complemento, são bastante oportunas as seguintes ponderações de Andre Luiz de Almeida Mendonça e Nicolas Rodriguez Garcia:

4º) El principio de la validez de la prueba es un derecho fundamental. En el ámbito del Estado democrático de Derecho, los derechos fundamentales no son concebidos desde una perspectiva unilateral, egoísta o utilitaria; sino comunitaria, socio-integrativa y de mutua reciprocidad. Así, las motivaciones para la definición sobre la validez o no de la prueba deben basar-se en (i) los derechos fundamentales del acusado y de la víctima del ilícito ecuanímente, así como en (ii) la doble perspectiva de esos derechos, es decir, [a] los derechos de libertad y defensa y [b] los derechos de protección y prestación positiva por parte del Estado. Además, tales justificativas deben considerar las cuestiones relacionadas (iii) a la privacidad del ciudadano y a la publicidad y transparencia inherentes a los actos públicos; y (iv) a los reflejos de la invalidez de la prueba dependiente o derivada de aquella.

5º) El debate sobre la validez de la prueba es esencial para la definición de los casos de corrupción. Las peculiaridades de ese ilícito demandan medios y métodos especiales de prueba, sin los cuales es prácticamente imposible descubrirlos y buscar la recuperación de los activos de él procedentes. De ahí que se den tantos debates sobre la validez de la prueba en los procesos destinados a la persecución de esos ilícitos. Por eso, además de la necesidad de que tales debates aborden los aspectos mencionados en el párrafo anterior, deben considerarse (i) las peculiaridades de tales conductas, como metodología, circunstancias y personas involucradas, y (ii) la naturaliza del dato y la información que debe ser conocida. Eso será importante, por ejemplo, para definir la validez o no de la prueba (i) de los datos y las informaciones bancarias, conforme estén depositadas cuentas públicas o privadas; así como (ii) de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en general, conforme se traten de informaciones públicas o íntimas. Teniendo en cuenta ese espectro, resulta evidente que la definición de la validez o no de la prueba debe ser evaluada caso a caso.

6º) Por fin, bajo la perspectiva procesal, la validez de la prueba es esencial para determinar la posibilidad o no de su valoración en sede procesal. Desde el principio de la justa aplicación de la ley y considerando el garantismo jurídico, no se justifica la invalidez de la prueba debido a formalismos éticos o concepciones legalistas del Derecho, normalmente encubridoras de discursos utilitaristas y egocéntricos de los derechos fundamentales. Lo fundamental para la delimitar la validez o no de la prueba desde la perspectiva procesal es la garantía (i) del principio contradictorio y la amplia defensa, en conexión con las garantías de los derechos, (ii) de igualdad de armas entre las partes, (iii) de oralidad e inmediatez, (iv) de publicidad y del proceso es esencial para la definición sobre la validez de la prueba y su posible valoración judicial.⁶¹

A título de epílogo

Não me julgue, o paciente leitor, como sendo um iconoclasta, arauto de violações de direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição. (Sergio Demoro Hamilton)⁶²

Cena final – jornalista pergunta a Ness na rua: Sr. Ness, alguma declaração oficial do homem que prendeu Capone?

Ness responde: Eu só estava lá na hora certa.

Jornalista: Dizem que vão derrubar a lei seca. O que você fará então?

Ness: Vou beber um drinque.

Considerando a gravidade das consequências de certos tipos de delitos perpetrados pela criminalidade organizada, como os atos de corrupção, a impunidade é intolerável. É inegavelmente uma questão ética, a reclamar que sejam envidados todos esforços para o seu efetivo enfrentamento, uma vez que a corrupção acaba configurando uma repetição crônica das violações de direitos humanos. Exatamente por isso que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Campo Algodonero” *vs.* México, ao explicar a obrigação do Estado de combater a impunidade, deixou assentado que “*la ausencia de una investigación*

⁶¹ MENDONÇA, Andre Luiz de Almeida; GARCIA, Nicolas Rodriguez. *El principio de validez de la prueba en casos de corrupción*. Valencia: Tirant, 2019, p. 150-151.

⁶² Ob. cit., p. 263.

*completa y efectiva sobre los hechos constituye una fuente de sufrimiento y angustia para las víctimas, quienes tienen el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido*⁶³.

Obviamente, quando se denuncia a impunidade, não se está aqui a defender a punição da criminalidade organizada, da corrupção e dos poderosos a todo custo, muito menos promover uma espécie de “caça às bruxas”. A repressão dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito tem de ocorrer sempre com respeito aos direitos fundamentais do acusado. Nessa linha, é de se recordar as oportunas palavras de Rui Cunha Martins⁶⁴, ao observar que

[é] falsa a ideia de que o Estado de direito seja salvo por cada vez que o sistema penal pune um poderoso ou um convicto corrupto; por mais que custe à chamada ‘opinião’, o Estado de direito só é salvo de cada vez que um poderoso ou um convicto corrupto são punidos no decurso de um devido processo legal; o contrário disto é populismo puro.

Contudo, o que não pode ser admitido é uma dogmática inadequada para questões complexas que não podem ser vistas sob uma perspectiva exclusivamente individualista e incompatível com o nosso modelo de Estado Democrático de Direito, que tutela não apenas os direitos fundamentais de primeira dimensão, mas também os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão. Inclusive, muitos dos casos relativos à criminalidade de poder se enquadram nos denominados casos difíceis, os *hard cases*, para os quais a velha dogmática penal, construída sobre regras e princípios marcadamente individualista e importados de outra realidade, não se mostra adequada, levando a uma proteção deficiente dos direitos fundamentais⁶⁵, em especial os sociais tão drasticamente atingidos pelos atos de corrupção.

É lógico que também não é admissível que, no campo repressivo, existam atores desorganizados, lenientes e fracos. Reclama-se cada vez mais especialização nas matérias que gravitam em torno dos ilícitos decorrentes da criminalidade de poder, que não se limitam – é importante dizer – ao campo do direito. Por isso, a interação entre

⁶³ PIOVESAN, Flávia; RODRIGUES, Anna Dias; OLMOS, Eduardo Alonso; LIRA, Laura Fernandes de Lima; NUNES, Tatiana Mesquita. *La corrupción y los derechos humanos en Brasil. In Impactos de la corrupción em los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 111-112.

⁶⁴ MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105.

⁶⁵ Com efeito, conforme observa José Carlos Fonseca, citando Jorge de Figueiredo Dias, “Não há direitos fundamentais absolutos e ilimitados na sua efetivação. Além disso, o Estado exige igualmente a proteção de valores institucionais indispensáveis à sua própria subsistência, mormente a viabilização de uma eficaz administração da Justiça. Assim, conforme salienta Figueiredo Dias, “Também unilateralismo sistemático, no sentido de proteção do arguido, ameaçaria o Estado de Direito mesmo nos seus fundamentos” (“Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004, p. 418).

órgãos fiscalizadores e repressivos é fundamental para a eficiência no enfrentamento do fenômeno. Porém, é importante dizer que de nada valerá avançar no campo repressivo se não houver um Poder Judiciário que dê respostas adequadas à criminalidade dos poderosos, em especial quando estiver impregnado com um individualismo e um positivismo inadequados para o enfrentamento de um problema de natureza difusa.

Portanto, como bem lembrado por Jorge F. Malem Seña, quando se faz necessária a punição da criminalidade de poder, como os atos de corrupção, “el poder judicial se manifiesta así como el último bastión del combate anticorrupción”⁶⁶. Logo, quando o Poder Judiciário atua de forma débil nesses casos, acaba por deixar de cumprir sua importante missão de “guardião das promessas constitucionais”⁶⁷. E assim saem vitoriosos o crime, a corrupção, que dilaceram o Estado Democrático de Direito e pervertem seu próprio povo, uma vez que, como destaca Antonio A. Martino, “não há democracia de ladrões, mas há ladrões que, se tolerados, cedo ou tarde arruinarão a democracia”⁶⁸.

Os operadores precisam entender que existem casos difíceis também no campo criminal, um tipo de criminalidade diferente que não pode ser interpretada e enfrentada do mesmo modo que a criminalidade tradicional de rua. Existem casos extremos, como os ilícitos praticados pela criminalidade de poder. E frente a esses casos, é fundamental encontrar a solução adequada em cada caso concreto. Nessa senda, são pertinentes, para a realidade brasileira, as seguintes ponderações de Massimo Donini, citando Francesco Palazzo:

Frente a este extremos, la solución correcta ha sido hoy resumida así recientemente, con honestidad intelectual, por Francesco Palazzo, a partir del modelo del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que admite, “in time of emergency”, derogaciones a los principios del Convenio, salvo algunos principios comunes absolutos. “Es un probable que nosotros debamos acostumbrarnos a una tasa variable de las garantías... en relación con distintas formas de criminalidad... siempre queda como válido el marco garantista proporcionado por la Convención Europea de Derechos del Hombre, la cual por lo demás vincula también la producción jurídica de la Unión. Es conocido que la Convención Europea está basada en un doble nivel de garantía de los derechos para los cuales no es posible ninguna flexibilización de la tutela ... es el caso, por ejemplo, de la prohibición de la tortura... Existen después otros derechos... y son la mayor parte, que podrían denominarse de algún modo relativos y cuya tutela es por tanto flexible siempre dentro del respeto a límites últimos.”⁶⁹

⁶⁶ SEÑA, Jorge F. Malem. *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, ob. cit., p. 219.

⁶⁷ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁶⁸ *Apud* VIEIRA, Judivan J. *Perspectiva política da corrupção – Livro II*. Brasília: Thesaurus, 2014, p. 68.

⁶⁹ DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidade*, ob. cit., p. 253.

E a questão probatória ligada às provas proibidas certamente, em sua grande maioria, encontram-se dentro desse campo de flexibilização, observando cada caso concreto, não apenas sob a perspectiva da proporcionalidade *pro reo*, mas também – em casos limites, de situações consideradas “*in time of emergency*” – sob a perspectiva da proporcionalidade “*pro societate*”.

Essa visão voltada para a realidade, para os diferentes tipos de criminalidade, é fundamental para evitarmos que ocorra uma verdadeira autofagia do direito, conforme alertado por Sergio Demoro Hamilton. Realmente, se se continuar a pensar a Justiça Criminal com uma concepção puramente individualista de um Estado Liberal que não mais existe, corre-se o risco de aceitar como verdadeiras as palavras de Jeffrey Robinson⁷⁰, que adverte:

Enquanto vivemos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais.

Referências

- ADEOATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.
- ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- AVILA, Thiago André Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Lumen júris, Rio de Janeiro, 2007.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Prova ilícitas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BECK, Ulrich. *La sociedad Del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2006.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BOVENO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

⁷⁰ *A Globalização do Crime*. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2001, p. 19.

CARDONA, Martín Eduardo Botero. *El sistema procesal penal acusatorio. El justo proceso. Estructura y funcionamiento*. Lima: Ara, 2009.

COLEMAN, James Willian. *A elite do crime: para entender o crime de colarinho branco*. 5 ed. São Paulo: Manole, 2005.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. Prólogo. In: *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI*. COLOMER, Juan-Luis Gómez (Coordenador). Santa Fe: Rubnizal-Culzoni, 2010.

COURA, Alexandre de Castro. *Para uma análise crítica da vedação constitucional de provas ilícitas – contribuições para garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Orientação: Menelick de Carvalho Netto. Co-orientação: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG: Belo Horizonte, novembro de 2007.

DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a lava jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira pessoa, 2017.

DICKIE, John. *História da Máfia Siciliana. Cosa Nostra*. Lisboa: Edições 70, 2006.

DÍEZ-PICASO, L. M. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Biblioteca de Bolsillo, 2000.

DONINI, Massimo. *Il volto dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milán: Giuffré, 2004.

_____. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidade*. Lima: Ara, 2010.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi Ferrajoli. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*. 2. Teoría de La democracia. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana u el rol de la magistratura*. Pena y Estado 1/115, Buenos Aires: Editores del Puerto.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: *Garantismo Penal Integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Organizadores: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

_____; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FONSECA, José Carlos. *A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 12, 2002.

_____. Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada. In: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e corrupção: análise de casos (inclusive da operação lava jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GÖSSEL, Karl Heinz. El Principio del Estado de Derecho en su significado para el procedimiento penal. In: *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho. Obras Completas. Tomo I*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, J. de Camargo (Coord.). *Justiça Penal*, v. 3: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito. Revista Ministério Público, Rio de Janeiro, (11), 2000.

HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. In: *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

LE MOS, Carlos Eduardo Ribeiro. *A dignidade humana e as prisões capixabas*. Vitória: Univila, 2007.

LOUREIRO, Flávia Novera. A (I)Mutabilidade do Paradigma Processual Penal Respeitante aos Direitos Fundamentais em Pleno Século XXI. In: *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coordenação: Mário Ferreira Monte (Dir.), Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Novera Loureiro. Coimbra: Coimbra, 2009.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDONÇA, Andre Luiz de Almeida; GARCIA, Nicolas Rodriguez. *El principio de validez de la prueba en casos de corrupción*. Valencia: Tirant, 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MORGADO, Maria José; VEGAR, José. *O inimigo sem rosto: fraude e corrupção em Portugal*. Lisboa: Dom Quixote, 2003.

ONETO, Isabe. *O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PIOVESAN, Flávia; RODRIGUES, Anna Dias; OLMOS, Eduardo Alonso; LIRA, Laura Fernandes de Lima; NUNES, Tatiana Mesquita. *La corrupción y los derechos humanos en Brasil. In Impactos de la corrupción em los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

ROBINSON, Jeffrey. *A Globalização do Crime*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime de Colarinho Branco (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da Justiça Penal)*. Coimbra: Coimbra, 2001.

SEÑA, Jorge F. Malem. *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.

SILVA, Germano Marques da. Os Novos Desafios do Processo penal, *in: II Congresso de Processo Penal. Memórias*. Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2006.

SOUSA, Antônio Francisco de. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. O processo penal na teoria dos princípios. *Revista de doutrina TRF 4ª região*, edição 20, 29.10.2007. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br>.

VIEIRA, Judivan J. *Perspectiva política da corrupção – Livro II*. Brasília: Thesaurus, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Investigação penal e princípio republicano: notas sobre controlabilidade

André Farah*

Sumário

1. Introdução. 2. As verificações da procedência de informação e a lição do professor Sergio Demoro Hamilton. 3. A República e o princípio republicano. 4. O inquérito das *fake news*. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A investigação relacionada a um fato penalmente relevante, por si, não pode ser considerada um fato simples e sem importância. Qualquer atuação investigativa por parte do Estado tem significado, ainda que simbólico. O peso dela não pode deixar de ser equilibrado por uma concepção de controle sobre as funções estatais.

O presente trabalho tem como tema a investigação penal e o princípio republicano. Seu objetivo geral é analisar tal investigação sob a ótica das projeções do referido princípio. A hipótese é que não se admite investigação penal sem controle.

Nesse sentido, os objetivos específicos são estudar o ensinamento do professor Sergio Demoro Hamilton em relação à investigação policial sem a devida fiscalização pelo Ministério Público. A partir disso, com lastro no princípio republicano, chega-se à noção constitucional de controle sobre as atividades estatais, sejam legislativas, administrativas ou judiciais. Com isso, passa-se a analisar o cenário em que envolta a investigação levada a efeito pela Suprema Corte no inquérito nº 4.781. O estudo, assim, constitui-se de uma pesquisa do tipo qualitativa, com objetivos descritivo-explicativos, utilizando para tal o procedimento de pesquisa bibliográfica. Este trabalho, conquanto aborde tema sensível, não possui qualquer viés político. Busca apenas desenvolver, em tom acadêmico crítico, seu objeto.

* Doutorando e Mestre em Direito Público pela UERJ. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

2. As verificações da procedência de informação e a lição do professor Sergio Demoro Hamilton

A investigação pré-processual mais usual na prática é aquela conduzida pela autoridade policial. Seu instrumento tradicional é o inquérito policial¹. O próprio legislador tratou de regerar pontos que entendeu relevantes sobre o assunto no Código de Processo Penal. Assim, destinou o Título II, do Livro I, para a temática.

A investigação policial e a própria polícia em si são raras vezes elogiadas². Com frequência, pelo contrário, são criticadas. A polícia é muitas vezes discricionária no que investiga e sobre quem investiga, sendo ainda mais rígida ou complacente a depender da figura investigada. Esse quadro possui variáveis de acordo com a gravidade do delito, a atitude do noticiante, o distanciamento espacial e social entre polícia, comunidade e local do fato, o modo de se portar e o poderio econômico do suspeito, a forma de trabalhar entre os atores da justiça criminal, a assimilação das normas legais pela polícia e a categorização do seu atuar investigativo como política de segurança pública³.

As colocações acima, por serem direcionadas à forma de atuar policial, encaixam-se quando a polícia faz uso do instrumento investigatório do inquérito policial. Paralelo a isso, também se adequam se levado à prática outro tipo instrumental. É possível, portanto, expressar que as críticas são direcionadas ao órgão policial.

O inquérito policial, entretanto, possui um desenho legal institucionalizado. Inicia-se a partir de uma portaria⁴ ou ato similar inaugural. Seu curso normativamente deve ser, a todo momento, sindicado pelo ator constitucional com atribuição de controle

¹ SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2ª ed. rev. e atual. Bauru: Edipro, 2007, p. 32-33. O autor ainda lembra dos termos circunstanciados próprios das infrações penais de menor potencial ofensivo.

² Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner listam a amplitude da presença policial, uma celeridade (na teoria) e a economia para o Estado como vantagens para a investigação preliminar policial. Dizem que a polícia tem condições de agir nos locais mais remotos do Brasil, o que traria uma nota de efetividade da persecução penal pré-processual. Também sugerem os autores a maior celeridade policial, porque chegaria mais rápida nos locais das infrações penais e devido à condução com maior dinamismo da investigação. Finalizam asseverando que tal tipo de investigação é mais barata, porque, resumidamente, o corpo de policiais demanda menor especialização. Além desses três fatores, citam o fato de a investigação policial estar concentrada nas mãos do governo como uma vantagem. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126-127.

³ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127-132.

⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 79. O autor lembra, no entanto, que em casos de prisão em flagrante, o respectivo auto é que inaugurará o inquérito policial.

externo da atividade policial⁵. E seu encerramento, com ou sem relatório⁶ da autoridade policial, é controlável. O Ministério Público, ao receber o inquérito policial, nas ações penais de iniciativa pública, a depender do caso, inicia o processo penal de índole condenatória, promove o arquivamento junto ao órgão com função penal ou retorna a investigação à polícia, para a concretização de alguma diligência necessária⁷.

A *opinio delicti*, seja em ações penais de iniciativa pública, seja nas de iniciativa privada, não pertence à autoridade policial. Por causa disso, não pode a mesma determinar o respectivo arquivamento do inquérito policial. Quem o fará será o membro do *Parquet*⁸. Aqui se percebe um primeiro controle sobre a atividade exercida pela polícia. O Ministério Público deve estudar os elementos presentes no inquérito policial e, assim entendendo como a solução para a situação, oficiar pelo arquivamento. Caso incline-se pela propositura da demanda penal, no curso do processo, a atuação prévia policial estará, a todo momento, sendo analisada e averiguada.

Na sistemática anterior às alterações levadas a efeito pela Lei Anticrime, o arquivamento era direcionado a um juiz. Se o magistrado, para o qual fosse dirigido o arquivamento, discordasse do posicionamento do *Parquet*, no exercício da função anômala de controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, deveria submeter a hipótese ao Procurador-Geral⁹. Veja, pois, que existiam um segundo controle – desta feita judicial – e um terceiro – de novo de natureza ministerial¹⁰ –, mesmo que mediatos, das condutas policiais realizadas no curso da investigação.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, esse desenho se altera. O referido anômalo controle finda-se. Pela nova redação do art. 28, do Código de Processo Penal, o *Parquet* ordena o arquivamento e comunica esta

⁵ Polêmica em alguns pontos, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Lei Anticrime), inseriu o Juiz de Garantias no Código de Processo Penal. Não cabe aqui dissertar sobre tal figura, já que o propósito é expor as lições do professor Demoro Hamilton. Todavia, deve ser levantado um ponto relevante. A instituição constitucionalmente eleita para fazer o controle externo da atividade policial é o Ministério Público, à luz do inciso VII do art. 129 da Constituição. Assim, quando o art. 3º da referida lei cria o art. 3º - B, inciso IV, no aludido Código, e diz que compete ao Juiz de Garantias, “responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal”, “ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal”, parece olvidar, ao menos com relação às investigações policiais, o que proclama a norma superior e que esta informação deveria ter como destinatário o *Parquet*.

⁶ Santin, com outra ótica, expressamente assevera que o relatório põe termo ao inquérito policial. SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2ª ed. rev. e atual. Bauru: Edipro, 2007, p. 38.

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Volume 1, 22ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 197-198.

⁸ Tourinho Filho leciona que em ação penal de iniciativa privada não se cogita de arquivamento quando o legitimado não demandar a “queixa”, mas explica que esta pessoa pode requerer ao juízo o arquivamento do inquérito policial. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Volume 1, 22ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 280-281.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 91.

¹⁰ Burle Filho e Rodrigues sinalizam haver aí um autocontrole e um controle por interpenetração. BURLE FILHO, José Emmanuel; RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *O arquivamento do inquérito policial*. 1ª ed. São Paulo: Fiuza Editores, 1996, p. 19.

conduta à vítima, ao investigado e à autoridade policial. Além disso, deve encaminhar citada promoção à instância de revisão ministerial, para homologação. Por outro lado, vítima ou representante legal e União, Estados e Municípios – bem assim, o Distrito Federal¹¹, em que pese o esquecimento do legislador – podem provocar a revisão junto à respectiva instância superior ministerial. Desta forma, o controle imediato sobre a atuação policial manteve-se junto ao órgão do *Parquet* com atuação direta. E os controles mediatos foram modificados. Estes tiveram seu desenho alterado e passaram a caber, em um primeiro passo – facultativo –, à vítima ou seu representante legal e à União, Estados, Distrito Federal e Municípios; e, em um segundo passo – obrigatório –, à instância de revisão superior ministerial.

Além disso, mesmo quando se tratar de atribuição originária do chefe do *Parquet*, o inquérito policial submete-se a controle. Caso entenda pelo arquivamento, o Procurador-Geral fará avaliação também da atuação policial. Ao lado disso, em que pese inexistir a referida antiga atuação judicial anômala quanto ao princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, o controle se dá por atuação revisional do Colégio de Procuradores de Justiça, órgão da administração superior do Ministério Público, provocado por quem tiver legítimo interesse¹². Disso tudo se extrai que o inquérito policial é instrumento investigatório submetido a intenso controle por atores diversos.

O mesmo, todavia, não pode ser dito a respeito das verificações da procedência de informação. Tratando do assunto, Sergio Demoro Hamilton dedicou o estudo intitulado *A ilegalidade das VPIs, das sindicâncias, dos acautelamentos e quejandos*¹³. No mesmo, debruçou-se sobre um projeto normativo de atuação de autoridades policiais e de membros do Ministério Público.

O professor, já de início, no referido artigo, indica que a figura da verificação da procedência de informação teria origem em equivocada interpretação da legislação processual penal e do Código Penal. Ensina que, por óbvio, informações levadas à polícia devem ser checadas, evitando-se a vinculação a notícias absurdas, para que pessoas não

¹¹ O quadro da forma de estado brasileira, qual seja, a federação, parece não permitir atribuir a possibilidade de provocação da superior instância ministerial a uns entes públicos em detrimento do Distrito Federal, ante a justificativa para a legitimidade, segundo a norma do parágrafo segundo do art. 28 criada pela Lei Anticrime ser algum tipo de prejuízo – não necessariamente econômico, já que a lei utiliza a expressão “detrimento da” – aos elencados entes. Por outro lado, defender que essa tutela caberia à União seria diminuir ainda mais o Distrito Federal em igual violação à ideia imanente ao federalismo.

¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 91-92. Em caso no qual o Conselho Nacional do Ministério Público decidiu pela intervenção do Tribunal respectivo, quando do arquivamento de investigação penal, na hipótese de atribuição originária do Procurador-Geral, mesmo utilizando procedimento próprio do Ministério Público de investigação, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, em 10 de dezembro de 2019, entendeu que a revisão deveria ser exercida pelo Colégio de Procuradores de Justiça. Ver Mandado de Segurança nº 34.730 (acórdão pendente de publicação quando essas linhas estavam sendo escritas). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5166532>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

¹³ HAMILTON, Sergio Demoro. A ilegalidade das VPIs, das sindicâncias, dos acautelamentos e quejandos. *Revista do Ministério Público*, nº 9, p. 209-215, jan./jun. 1999.

sejam expostas a um inquérito policial sem motivação e para, de alguma forma, deixar a autoridade policial protegida em relação à instauração de um inquérito sem justa causa¹⁴.

A verificação da procedência de informação ou a sindicância ou o acautelamento seria uma investigação preliminar ou substitutiva do inquérito policial. É uma investigação preliminar a outra investigação que já se caracteriza como prévia¹⁵. Por esse instrumento, a autoridade policial não instaura o inquérito, mas enfeixa em suas mãos a busca por dados relacionados a algum fato. Sua finalidade, entre outras, é realizar constrangimentos sobre eventual pessoa alvo da polícia¹⁶. Também não submete sua atividade administrativa a controle de outro órgão. Não se cumpre o modelo legal de arquivamento. A polícia, então, teria poderes absolutos¹⁷.

O raciocínio acima exposto, por sua vez, foi lembrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em caso no qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação direta de inconstitucionalidade¹⁸, impugnando a Lei nº 6.806, de 22 de março de 2007, do Estado de Alagoas, que dispunha sobre o processo e o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, com criação de juízo criminal especializado e tratando de assuntos correlatos, a Corte, entre inúmeras questões, precisou enfrentar a legitimidade de atuação judicial na fase pré-processual. O Min. Luiz Fux, relator, conferiu interpretação conforme à Constituição ao disposto no parágrafo único¹⁹ do art. 1º da citada lei, para admitir a intervenção judicial em situações em que se justificasse a salvaguarda dos direitos dos afetados por atos da investigação. Para chegar a esta conclusão, asseverou que “é necessário lembrar que a atuação do juiz de garantias pode ser necessária previamente ao procedimento formal investigativo, justamente para coibir abusos”. E, no ponto, fez referência expressa ao estudo antes mencionado do professor Demoro Hamilton, para criticar o uso das verificações de procedência das informações e a prática de atos policiais sem supervisão do Ministério Público, indicando que, nestes casos, ameaças e lesões a direitos podem ser remediados com provocação do Judiciário, a partir da impetração de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

¹⁴ HAMILTON, Sergio Demoro. A ilegalidade das VPIs, das sindicâncias, dos acautelamentos e quejandos. *Revista do Ministério Público*, nº 9, p. 209-215, jan./jun. 1999, p. 210-211.

¹⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 195.

¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 80-81.

¹⁷ HAMILTON, Sergio Demoro. A ilegalidade das VPIs, das sindicâncias, dos acautelamentos e quejandos. *Revista do Ministério Público*, nº 9, p. 209-215, jan./jun. 1999, p. 211-213.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.414/AL - Alagoas. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 31/05/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico DJE-114 Divulg 14-06-2013 Public 17-06-2013.

¹⁹ Dizia o apontado parágrafo único: “As atividades jurisdicionais desempenhadas pela 17ª Vara Criminal da Capital compreendem aquelas que sejam anteriores ou concomitantes à instrução prévia, as da instrução processual e as de julgamento dos acusados por crime organizado”.

A lição de Demoro Hamilton, portanto, é tão clara quanto relevante. No caso de a polícia empreender algum tipo de investigação, deve fazê-lo por instrumento que admita controle²⁰. A verificação da procedência de informação, a sindicância ou o acautelamento é meio de investigação que não permite fiscalização. Isso, como parece evidente, fragiliza a posição daquele que se vê como alvo da atividade policial, debilitando seus direitos. O uso de tais mecanismos alternativos não encontra amparo legal no Código de Processo Penal. A partir dessa ótica é que a seguir serão apresentados, dentro do espaço que o presente trabalho permite, traços do princípio republicano.

3. A República e o princípio republicano

O trato da investigação promovida pelo Estado, em relação à prática de algo entendido como um ilícito penal, sem o devido controle, pode ser estudado através do princípio republicano. A ideia, então, é expressar algumas projeções desse princípio para, ao final, demonstrar que, no fundo, ainda que a ordem jurídica infraconstitucional fosse silente, a solução teria espaço na própria Constituição. De todo modo, é conveniente frisar que não se busca teorizar sobre o apontado princípio. A intenção é expandir constitucionalmente as razões pelas quais não se deve admitir aquele tipo de mecanismo de investigação.

Desde 1889, o Brasil assumiu-se como uma República, a partir da atuação de militares com alguma comunhão de civis²¹. A Constituição de 1891, inspirada na Constituição norte-americana de 1787²², adotou como forma de governo a República, contemplando a separação de poderes, a periodicidade dos mandatos políticos, a

²⁰ Nesse contexto, vale ressaltar as palavras de Santin, quando diz que “[t]odos os órgãos públicos devem possuir controles para maior e melhor vigilância, fiscalização, segurança, regularidade, eficiência e qualidade dos serviços públicos, para acompanhamento da correção e lisura do comportamento dos servidores públicos, em prol do interesse da sociedade”. SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2ª ed. rev. e atual. Bauru: Edipro, 2007, p. 73.

²¹ Laurentino Gomes chama a atenção para a falta de conhecimento, inclusive histórico, sobre o período que envolve a proclamação da República. Cita revoltas e confrontos locais, para dizer que são mais presentes no consciente coletivo, mesmo que regionalizado, do que a própria transformação do Brasil em República. Explica que isso se dá por causa da forma com que o regime foi modificado. A promessa era de encerramento da tirania e dos privilégios, e mais igualdade, liberdade e direito de voto. Todavia, esse espírito republicano não se deu com ampla participação popular, mas com um golpe militar e cooperação posterior de lideranças civis. Nas palavras do autor: “[s]em eco nas urnas, os civis encontraram nos militares o elemento de força que lhes faltava para a mudança do regime. A República brasileira nasceu descolada das ruas”. GOMES, Laurentino. *1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Globo, 2013, p. 19. Seria necessário um estudo empírico para testar essa hipótese, porém a menor quantidade de estudos sobre a forma de governo e o princípio republicano na academia jurídica brasileira, especialmente de Direito Constitucional, frente a outros temas como Presidencialismo, Democracia e Direitos Fundamentais, pode ter alguma relação com a história brasileira.

²² HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 54.

instituição de um Estado Federal e a abertura da carta de direitos fundamentais²³⁻²⁴⁻²⁵. A Constituição de 1988 também o fez²⁶⁻²⁷. Assim, afastando-se das características da forma monárquica, pela qual, de modo resumido, o poder político transfere-se pela hereditariedade²⁸, o dono do poder é absolutamente irresponsável e o exercício desse poder dá-se de modo vitalício, na República isso deve mudar.

Defluindo dessa ideia de República, surge o que se convencionou chamar de princípio republicano. Este, para o interesse do presente trabalho, reunirá particularidades bastante caras para o constitucionalismo atual e, especificamente, para o tema deste artigo. Desta forma, abaixo serão desenvolvidos os seguintes pontos correlacionados: gestão da coisa pública, separação de poderes, federalismo instrumental, cargos políticos eletivos, periodicidade dos mandatos eletivos, transparência e publicidade no trato da vida pública, impessoalidade e igualdade de tratamento, legalidade, liberdade de imprensa e responsabilidade, os quais, ao final, desembocarão em uma concepção maior e abstrata de controle.

²³ Absolutamente pertinente era o texto expresso do art. 78 da Constituição de 1891. Dizia ele: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. Ou seja, por causa da adoção da República, havia uma cláusula constitucional de recebimento de direitos fundamentais não enumerados.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 231-234.

²⁵ Ao comentar a respeito da primeira Constituição republicana, Sarlet aponta o inegável avanço do texto de 1891 e também a promiscuidade da oligarquia política, com fraudes eleitorais e disputa pelo domínio do poder. Destaca assim a falta de força normativa da Constituição e a ausência de “sintonia com a base social, econômica e cultural”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 233-234. No ponto, então, vale rememorar a classificação entre Constituição normativa, Constituição semântica e Constituição nominal. A Constituição normativa é a que tem validade jurídica e está integrada na sociedade, com suas normas dominando o processo político e o processo de poder amoldando-se à Constituição. Já a Constituição semântica, por sua vez, é subalterna ao poder político existente, sendo usada para benefício dos detentores do poder de fato. Luís Roberto Barroso inclui aí as Constituições de 1937, 1967 e 1969. Por fim, a Constituição nominal fica entre a Constituição normativa e a Constituição semântica, existindo uma desarmonia entre os pressupostos sociais e econômicos existentes e as aspirações constitucionais, a ser sanada com o tempo pelo amadurecimento. Barroso caracteriza como tal, por exemplo, a Constituição de 1891. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 245-246.

²⁶ Apesar da adoção formal da forma de governo republicana, importa salientar que apenas o rótulo pouca relevância possui. Para tanto, basta lembrar que países como Coréia do Norte e China identificam-se como repúblicas, em que pese, na primeira, haver hereditariedade no comando do governo; e, na segunda, uma casta (a oligarquia do partido único) dominar o poder. GOMES, Laurentino. 1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Globo, 2013, p. 26.

²⁷ Foge muito do tema a explicação que a doutrina entrega para a questão. Entretanto, não é possível olvidar que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição de 1988, trouxe, em seu art. 2º, a realização de um plebiscito para resolver-se a forma de governo entre república e monarquia constitucional.

²⁸ LAFER, Celso. O significado de República. *Revista Estudos Históricos*, vol. 2, nº 4, p. 214-224, 1989, p. 214-215.

A compreensão da matéria pode ser iniciada por uma ideia, em tese, simples. Na República, a administração dos interesses gerais deve ser encarada como gestão da coisa pública²⁹⁻³⁰. O Estado quando atua nos negócios públicos não o faz para atender um interesse particular nem um interesse privado ou mesmo o interesse de uma facção³¹. Não é fácil, mas é com a concepção de consciência e de respeito do trato da coisa pública voltada para o atendimento do que os reais titulares³² do poder buscam, que deve ser feita a gerência do Estado. A virtude cívica³³ e a teoria do republicanismo, ainda que com suas diversas matizes, exigem isso³⁴. O cidadão age em benefício da polis, no afã de proporcionar, com olhos na coisa pública, um retorno positivo para sua comunidade.

Para bem executar essa gestão ideal dos negócios públicos, pensou-se em uma formatação que não entregasse demasiado poder a um segmento do Estado³⁵. Tal administração em sentido amplo da coisa pública não poderia circunscrever-se nas mãos de um só agente ou corpo político³⁶. A separação de poderes (ou funções) assume, então, a missão de checagem e equilíbrio³⁷. O administrador não atua sem parâmetros, na gestão da coisa pública. À sua frente encontra-se a lei. Por sua vez, o legislador, na seara do direito público, atua focado na gerência da coisa pública, seja para limitar eventual

²⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005, p. 190-191. CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 1, nº 1, p. 87-96, 2009, p. 88-89.

³⁰ Comparato utiliza a expressão bem comum ou bem público. COMPARATO, Fábio Konder. Redescobrimo o espírito republicano. *Revista da AJURIS*, Ano. XXXII, nº 100, p. 99-117, dez. 2005.

³¹ No ponto, tratando do patrimonialismo, em caso no qual se julgou incompatível com a Constituição a vitaliciedade de direitos patrimoniais (pensão mensal vitalícia) de ex-governadores, ex-vice-governadores e seus substitutos constitucionais, bem como de viúvas e filhos de ex-governadores do estado do Mato Grosso, o Min. Luiz Fux enfatizou que “discutir o princípio republicano enquanto limite ao poder constituinte estadual implica compreender a presença ainda acentuada do patrimonialismo na relação entre os agentes do Estado e a coisa pública”, para, então, afirmar que “o vício do patrimonialismo se manifesta na possibilidade de ex-agentes políticos adquirirem direitos patrimoniais vitalícios. Assim, dilui-se o limite entre o patrimônio público e o privado, uma vez que ex-governadores continuam recebendo valores pecuniários de forma permanente, apenas em virtude de um serviço pretérito”. BRASIL. STF. ADI 4.601/MT – Mato Grosso. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 25/10/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico DJe-236 Divulg 06-11-2018 Public 07-11-2018.

³² ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 21, nº 84, p. 95-112, out./dez. 1984, p. 99.

³³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005, p. 196-197.

³⁴ LAFER, Celso. O significado de República. *Revista Estudos Históricas*, vol. 2, nº 4, p. 214-224, 1989, p. 217-218. DA CUNHA, Paulo Ferreira. Princípio republicano e virtudes republicanas. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, Ano 8, nº 02, p. 145-174, 2008, p. 153-155.

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. 2ª tiragem. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 402.

³⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 298-304.

³⁷ ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 21, nº 84, p. 95-112, out./dez. 1984, p. 98-99.

descompasso por parte do administrador, seja porque fiscalizado pelo julgador. Este, por outro lado, submete-se ao império da lei, o que significa, ao cabo, julgar com atenção ao princípio republicano³⁸. Afora isso, a atual Constituição de 1988 traz em seu corpo a previsão expressa de instituições republicanas de proteção do sistema. Conferindo todo um desenho próprio para tanto, por exemplo, contemplou uma estrutura autônoma³⁹ diferenciada ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público. Nesse sentido, o trato da coisa pública, ao menos normativamente, encontra na Constituição de 1988 uma forte tutela.

Sob uma ótica interessante e nem sempre mencionada, é possível visualizar o federalismo como um instrumento⁴⁰, em nações de extenso território, para bem executar o princípio republicano⁴¹. Se como dito, a gestão da coisa pública é feita por agentes segmentados em funções distintas, nada mais acertado do que a forma de estado pertinente ser a que aproxima tais agentes do titular do poder. O federalismo, então, serve de aproximação entre o povo e seus servidores, sobretudo os exercentes de cargos políticos. Desta forma, o titular do poder mais facilmente sente as correções ou incorreções na gestão da coisa pública, ao tempo que fiscaliza e cobra dos que estão no exercício do mesmo o melhor atendimento da mesma. Nessa noção de federalismo, unem-se, a um só tempo, a divisão horizontal e vertical do poder, com olhos à consecução da boa administração da coisa pública.

Ainda nessa linha de pensamento, especialmente no tocante aos cargos políticos, verdadeiramente executivos e legislativos, torna-se relevante a nota de eletividade⁴². Pensar de forma diversa é não atrelar à vontade do titular do poder – o povo – a conduta dos agentes políticos supra indicados. No ponto, para ingressarem nos cargos políticos citados, a eleição e, portanto, a indicação de que, em tese, conformar-se-ão com a aspiração do titular do poder mostra-se vital para o funcionamento do ideal republicano.

A lógica da eleição também traz outro aspecto essencial, para o referido desenho republicano. O eleitor deve ser o corpo de pessoas o mais amplo possível. A regra deve ser a capacidade eleitoral ativa. Sua restrição, para que haja o real respeito ao princípio republicano, deve ser a exceção. Só desse modo a gestão da coisa pública se submeterá ao anseio do povo de modo real e efetivo.

³⁸ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2ª ed., 2ª tiragem, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 49-52.

³⁹ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.

⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 1, nº 1, p. 87-96, 2009, p. 95.

⁴¹ LAFER, Celso. O significado de República. *Revista Estudos Históricas*, vol. 2, nº 4, p. 214-224, 1989, p. 219-220.

⁴² ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 21, nº 84, p. 95-112, out./dez. 1984, p. 95-99.

A outra face da moeda que cobra eletividade aos cargos políticos é a temporariedade⁴³. E vinculada a esta ideia é a de periodicidade⁴⁴ dos mandatos políticos. As duas percepções convivem juntas. Para a boa administração da coisa pública, pouca efetividade existiria se somente fosse exigida a eletividade sem um período em que esta fosse repetida. A periodicidade, então, entrega uma testagem em relação àquele que exerce o cargo político. Idealmente, se estiver bem executando suas funções de gestor dos negócios públicos, será autorizado pela vontade do detentor do poder a, por outro período, continuar no trabalho. Caso deficiente sua atuação, será reprovado⁴⁵.

A distinção, no tocante à periodicidade entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, especificamente em relação à reeleição, dá-se porque a cabeça na primeira das duas funções é ocupada por uma única pessoa, o que torna a concentração de poder em si maior, justificando uma limitação. Tal preocupação já não se apresenta no Poder Legislativo, em que a cabeça da função é exercida por uma pluralidade de integrantes⁴⁶. De todo modo, a periodicidade no exercício do mandato eletivo mantém-se com uma reivindicação indispensável e não apenas porque representa uma prova ao que já está no desempenho da sua investidura, mas igualmente para que terceiros estranhos até então à vida de gestão da coisa pública possam se candidatar a tanto, apresentando seus pensamentos e defendendo seus pontos de vista. O veto a este segundo aspecto, com alta dose de probabilidade, significaria manter à sombra a pauta das minorias.

Ao lado da imagem de que a ascensão aos cargos políticos deve ser feita através da eleição e que, de tempo em tempo, é importante uma rodada de consulta popular para se saber se os antes escolhidos estão atuando em conformidade com o que se espera de

⁴³ A temporariedade é vista também como alternância no poder. O Min. Gilmar Mendes, ao analisar caso em que se buscava uma terceira eleição consecutiva, vinculou a temporariedade extraída do princípio republicano ao denominado “prefeito itinerante” ou “prefeito profissional”, para inclinar a tese pela proibição da terceira eleição seguida no mesmo ou em outro município da federação. Nas suas palavras, “o instituto da reeleição tem fundamento não somente no postulado da *continuidade administrativa*, mas também no *princípio republicano*, que impede a perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo no poder. O princípio republicano condiciona a interpretação e a aplicação do próprio *comando da norma* (resultado ou solução normativa): a reeleição é permitida por apenas uma única vez. E é sensato considerar que esse princípio impede a terceira eleição não apenas no mesmo município, mas em relação a qualquer outro município da federação” (i.o.). BRASIL. STF. RE 637.485/RJ – Rio de Janeiro. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 01/08/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Acórdão Eletrônico. Repercussão Geral – Mérito DJe-095 Divulg 20-05-2013 Public21-05-2013. Também ligando o princípio republicano à vedação ao exercício de terceiro mandato eletivo para a chefia do Poder Executivo pelo mesmo grupo familiar, ver BRASIL. STF. RE 1.028.577 AgR/RJ – Rio de Janeiro. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 19/03/2019. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação Acórdão Eletrônico DJe-064 Divulg 29-03-2019 Public 01-04-2019.

⁴⁴ ATALIBA, Geraldo. *Clima republicano e Estado de Direito*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 21, nº 84, p. 95-112, out./dez. 1984, p. 95-99.

⁴⁵ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2ª ed., 2ª tiragem, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 14.

⁴⁶ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2ª ed., 2ª tiragem, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 101-103.

uma administração correta da coisa pública, está a noção de publicidade. O detentor do poder, como descrito, deve eleger aqueles que farão a mencionada gestão. Depois de um lapso temporal, mais uma vez, o direito de voto será exercitado. Para tanto, em que pese não ser apenas essa a justificativa, os eleitores precisam saber como foi a atuação dos eleitos. Como regra, é preciso que ao povo seja franqueado todo tipo de informação, até por ser ele o titular do poder. Sob a ótica republicana, qualquer ato do poder público (legislativo, administrativo ou judicial) dever ser, a princípio, submetido à publicidade⁴⁷.

De mãos dadas com a publicidade, encontra-se a transparência. Aqui o enfoque poder ser compreendido como lealdade. Assim, a administração da coisa pública não admite a confusão entre o que é público e o que é privado. Evita isso e permite a fiscalização à transparência. Por ela, sabe-se o passo a passo do Estado. Tem-se conhecimento de como ele se comporta, seja porque usualmente segue um certo proceder, seja porque não adota caminhos tortuosos já que fiscalizado. No ponto, então, a transparência aproxima-se da segurança jurídica, o que é natural uma vez que tal gestão, como é de todos e para atendimento do anseio geral, não deve possuir caráter de algo inesperado⁴⁸.

Além disso, por imposição do princípio republicano, o tratamento conferido às pessoas deve respeitar o valor da igualdade. Por ele, não se admitem privilégios⁴⁹. Faz

⁴⁷ Nesse sentido, o STF entendeu ser compatível com a Constituição, lei e respectivo decreto regulamentador municipais de São Paulo que determinavam a divulgação, em sítio eletrônico da prefeitura, de lista nominal dos servidores com cargos efetivos e em comissão, remuneração bruta mensal, demais elementos de remuneração, unidades de lotação, endereço completo e jornada de trabalho. Nas palavras do Min. Ayres Britto, o caso não atraía a aplicação de eventual direito à intimidade, à vida privada e à segurança dos servidores municipais (e seus familiares). Dando aplicação apenas ao princípio da publicidade administrativa, explicou que ele “significa o dever estatal de divulgação dos atos públicos. Dever eminentemente republicano, porque a gestão da “coisa pública” (república é isso) é de vir a lume com o máximo de transparência”. BRASIL. STF. SS 3.902 AgR-segundo/SP – São Paulo. Segundo Ag. Reg. na Suspensão de Segurança. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento: 09/06/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJE-189 Divulg 30-09-2011 Public 03-10-2011 Ement Vol-02599-01 PP-00055 RTJ Vol-00220-01 PP-00149.

⁴⁸ ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 21, nº 84, p. 95-112, out./dez. 1984, p. 101-103 e 106-108.

⁴⁹ O Min. Dias Toffoli já conduziu ao entendimento pela inconstitucionalidade de dispositivo de Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e de lei estaduais do Maranhão, em que se concedia “subsídio” vitalício a ex-governador de Estado e, em sua ausência, pensão vitalícia à cônjuge supérstite. Constatou do voto que “não se revela compatível com os princípios republicano e da igualdade a outorga de tratamento diferenciado a determinado indivíduo ou grupo de indivíduos sem que haja um legítimo e razoável fator de *discrímen*, o que não se observa nas normas que instituem ‘subsídio’ a ex-governadores” (g.o.). BRASIL. STF. ADI 3.418/MA - Maranhão. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 20/09/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico. DJE-259 Divulg 03-12-2018 Public 04-12-2018. No mesmo sentido, em relação a dispositivo da Constituição do Estado do Sergipe, foi o entendimento do Min. Luís Roberto Barroso, que disse que “[a] igualdade constitui um direito fundamental e integra o conteúdo essencial das ideias de república e democracia. Enquanto princípio de inequívoco destaque na Constituição Federal de 1988, veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, sem prejuízo de impor a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais”. BRASIL. STF. ADI 4.544/SE - Sergipe. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Julgamento: 13/06/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico. DJE-189 Divulg 10-09-2018 Public 11-09-2018. Também quanto ao estado do Piauí, a matéria foi decidida com base, entre outros argumentos, no princípio republicano. ADI 4.555/PI - Piauí. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento:

sentido em um ambiente em que a administração da coisa pública é voltada para seus titulares e não para segmentos da sociedade, que aqueles sejam tratados igualmente. Daí que as condutas estatais, seja na face legislativa, administrativa ou judicial, precisam ser impessoais⁵⁰. O Estado não pauta seu atuar, em regra, por conta da pessoa com quem se relaciona. Não possuem tão somente essa destinação, mas as exigências de concurso público para ingresso nos quadros funcionais do Estado e de prévia licitação para contratação com o Estado enquadram-se na referida ideia.

Por outro ângulo, a legalidade é a forma pela qual a vontade do titular do poder é expressa. Tais aspirações devem estar traduzidas por algum veículo que, ao tempo que seja claro e inequívoco para compreensão de todos, sirva de parâmetro do que pode ou não ser feito⁵¹, desempenhando isso uma garantia para o povo e óbice aos mandatários. Assim, o legislador exerce sua função com olhos naquele anseio, ou seja, na melhor forma de atender o bom trato da coisa pública. A lei deve ser o resultado disso. A partir daí, o administrador toma suas posturas jungido à referida lei. E o julgador, ao decidir um caso, aplica a lei, dando concretude ao desejo do povo estampado na lei⁵².

Como está claro, o ambiente republicano entendido como gestão da coisa pública e que exige concepções como a de separação de poderes, a de federalismo instrumental, a de cargos políticos eletivos, a de temporariedade ou periodicidade dos mandatos eletivos, a de publicidade e de transparência, a de igualdade e de impessoalidade e a de legalidade deságuam na inerente possibilidade de fiscalização sobre os negócios que tratam da coisa pública e, por consequência, sobre as respectivas pessoas envolvidas, e na responsabilidade⁵³. Quanto ao primeiro aspecto, a imprensa assume papel ímpar e sem ela muitas vezes seria bastante dificultosa a tarefa de saber se, de fato, o que acontece na gestão da coisa pública está em conformidade com os anseios dos titulares do poder⁵⁴. Em relação ao segundo, como já dito quando citada a forma monárquica, o

14/08/2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico. DJE-189 Divulg 29-08-2019 Public 30-08-2019. O mesmo se deu com relação ao estado do Mato Grosso do Sul. ADI 3.853/MS – Mato Grosso do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 12/09/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJE-131 Divulg 25-10-2007 Public 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00029 Ement Vol-02295-04 PP-00632 RTJ Vol-00203-01 PP-00139. De igual modo entendeu o Min. Alexandre de Moraes, caracterizando como privilégio indevido o fornecimento a ex-governador de Estado de serviços vitalícios de motorista e de segurança pagos pelos cofres públicos. BRASIL. STF. ADI 5.346/BA - Bahia. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 18/10/2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico DJE-242 Divulg 05-11-2019 Public06-11-2019.

⁵⁰ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005, p. 198.

⁵¹ ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 21, nº 84, p. 95-112, out./dez. 1984, p. 100.

⁵² ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2ª ed., 2ª tiragem, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 122-126.

⁵³ ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 21, nº 84, p. 95-112, out./dez. 1984, p. 95-99.

⁵⁴ ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 21, nº 84, p. 95-112, out./dez. 1984, p. 106.

ideal republicano carrega em si a possibilidade de responsabilização daquele que deveria ter agido para bem realizar a gestão da coisa pública e não o fez. A responsabilidade, a variar de desenho de acordo com o sistema em que inserida, é característica indissociável ao espírito republicano⁵⁵. Não se trata da coisa pública sem que, a pretexto de fazê-lo, mas não assim agindo, inexistam consequências.

De tudo que foi exposto nesta seção e que interessa para o presente trabalho, é preciso, então, extrair do princípio republicano a ideia de controle⁵⁶. A controlabilidade, porque se está a comportar-se em face da coisa pública, é marca indiscutível. Em cada um dos aspectos acima elencados, de um modo ou de outro, ela está presente.

Na investigação penal, igualmente, o controle deve ser possibilitado. Ele variará de acordo com o fato em si ou as pessoas envolvidas. Não se devem ignorar as peculiaridades dos variados casos. Porém, instrumentos como a verificação da procedência de informação, a sindicância ou o acautelamento justamente por escaparem à apontada ideia de controle, ao fim, ofendem o princípio republicano. Mesmo inexistente norma infraconstitucional a vetar o uso de tais mecanismos, a efetividade da Constituição em si bastaria.

Tudo isso, entretanto, ganha nova coloração e um grau de dificuldade político jurídica diferenciada diante do ocorrido em 2019. Este foi o primeiro ano do mandato eletivo de um presidente da República assumidamente posicionado à direita do espectro político. Com sua ascensão e antes, no curso da corrida eleitoral, a polarização política se acentuou. Ataques verbais ao STF, originados tanto de segmentos da esquerda, quanto da direita, passaram a ser vistos, sobretudo em redes sociais. Como resposta à situação, instaurou-se no âmbito da Corte um inquérito para tratar do assunto. Suas peculiaridades, as reações jurídicas, a ligação da questão com a lição do professor Demoro Hamilton e a vinculação com o princípio republicano serão temas da próxima seção.

4. O inquérito das fake news

O presente trabalho, até o momento, expôs uma importante visão de Demoro Hamilton. O ponto que aqui se enfatiza é a impossibilidade de investigação policial ser concretizada sem a admissão de controle. Após, com um olhar voltado para a Constituição de 1988, encontrou-se no princípio republicano a mesma lógica, porém aplicada ao

⁵⁵ Nesse sentido, o voto do Min. Celso de Mello em caso no qual ex-governadora de Estado desejava se ver livre da possibilidade de responsabilização por ato de improbidade administrativa, sob o argumento de que já não mais se encontrava no cargo político e porque deveria se submeter apenas ao regime dos crimes de responsabilidade. Referindo-se ao que chamou de dogma republicano, disse que "(...) todos os agentes públicos são essencialmente responsáveis ('accountable') pelos comportamentos que adotem na prática do respectivo ofício governamental". BRASIL. STF. AC 3.585 AgR/RS – Rio Grande do Sul. Ag. Reg. na Ação Cautelar. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 02/09/2014. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação Processo Eletrônico DJe-211 Divulg 24-10-2014 Public 28-10-2014.

⁵⁶ CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 1, nº 1, p. 87-96, 2009, p. 93.

desenho institucional estatal. Agora será verificado que o ensinamento citado ganhou contornos de relevância talvez antes não imaginados. É do inquérito das *fake news* que nessa oportunidade se refere⁵⁷.

O inquérito nº 4.781 foi instaurado a partir da edição, de ofício, da Portaria GP-STF nº 69, datada de 14 de março de 2019, por parte do Min. Dias Toffoli, Presidente do STF. Em que pese sigiloso⁵⁸ o inquérito, através da imprensa e do estudo das impugnações autônomas ao mesmo – *habeas corpus*, reclamação, mandado de segurança e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) –, foi possível ter acesso a diversos documentos pertencentes ao procedimento.

A Portaria GP-STF nº 69, de 14 de março de 2019, apresentou duas motivações. A atribuição ao Presidente da Corte de velar pela intangibilidade das prerrogativas do STF e dos seus membros e a “existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”. Foi fundamentada no art. 43, do Regimento Interno do STF (RISTF). Categoricamente seu fim é a “apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda sua dimensão”. A portaria ainda designou como condutor do procedimento o Min. Alexandre de Moraes.

No primeiro contato com o inquérito, o Min. Moraes expressou seu objeto. Ele pareceu dividir em três partes interconectadas a finalidade. A primeira seria “a investigação de notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros”. A segunda seria “o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo”. E a terceira seria “a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas

⁵⁷ O nome de batismo do aludido inquérito é usado pela imprensa de forma ampla. Como exemplos, vejamos “UOL Notícias” (disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/10/stf-inquerito-fake-news-novas-investigacoes-pf-mpf-arquiva-casos.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2019), “O Estadão” (disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-o-inquerito-das-fake-news-contrao-supremo,70002795934>>. Acesso em: 09 dez. 2019), “Exame” (disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/stf-moraes-pede-para-incluir-inquerito-das-fake-news-na-pauta-do-plenario/>>. Acesso em: 09 dez. 2019) e “A Folha de São Paulo” (disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/ordem-do-stf-para-copia-de-mensagens-gera-mais-criticas-a-inquerito-das-fake-news.shtml>>. Acesso em: 09 dez. 2019).

⁵⁸ O grau de sigilo é tão amplo que nas decisões e despachos da lavra do Min. Alexandre de Moraes, quando qualifica as partes e advogados, insere a expressão “sob sigilo”. Isso, como parece claro, impede inclusive que se saiba se efetivamente estão identificadas ou delimitadas pessoas investigadas, e seus advogados, bem como eventual controle a respeito.

redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito”.

Com esse cenário, vários atores sociais impugnaram junto ao STF, pelas mais variadas vias, a investigação judicial. De forma sucinta, cada *player* e seus argumentos serão expostos. Na ADPF nº 572⁵⁹, proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade (Rede), foi dito que na aludida portaria inexistem delimitação de objeto da investigação e identificação de quem está sendo investigado, afirmando ter havido absoluto sigilo da inquisição. Argumentou o uso equivocado do art. 43, do RISTF; a transformação do STF em órgão policial de investigação criminal nacional; a ausência de pessoa sujeita à competência da Corte na condição de investigado; a constituição de um tribunal de exceção; a violação à separação de poderes; a usurpação da competência do Ministério Público; a ausência de representação do ofendido em crimes contra a honra; a falta de justa causa para instauração do inquérito por fatos indefinidos; a possibilidade de se caracterizar o inquérito como uma “perseguição aos ‘inimigos do STF’”; e a oficialidade, o sigilo⁶⁰ e o direcionamento⁶¹ do inquérito.

Nesta ADPF, em 03 de maio de 2019, a Procuradoria-Geral da República (PGR), então liderada por Raquel Dodge, em parecer, narrou que logo após a instauração do citado inquérito, em 15 de março de 2019, requereu informações sobre o objeto específico do inquérito, sendo que, passados 30 dias, a solicitação não foi atendida nem o inquérito foi remetido ao Ministério Público. Por outro lado, citou a existência de diversas notícias dando conta da deflagração de medidas sujeitas à reserva de jurisdição e de proibição da exibição de matérias jornalísticas, originadas do inquérito. Frise-se que todas essas decisões se deram sem prévia oitiva da PGR. Também mencionou que, em 16 de abril de 2019, a PGR promoveu pelo arquivamento do aludido inquérito, lastreada na quebra da imparcialidade judicial e no óbice de acesso ao Ministério Público à investigação, na ausência de causa a atrair a competência do STF; e na falta de descrição dos fatos investigados. Quanto aos vícios do inquérito, a PGR apontou violação à separação de poderes, ao princípio do juiz natural e ao sistema acusatório.

O trâmite procedimental avançou e, mais uma vez, foi dada vista à PGR. Em 24 de outubro de 2019, o órgão, desta feita, liderado por Augusto Aras, voltou a manifestar-se nos autos. Mudando o tom de sua antecessora, o Procurador-Geral posicionou-se de modo diverso. Para o que importa ao presente trabalho, argumentou que cada uma das funções de poder, até mesmo pela separação entre elas, pode realizar atos típicos de investigação

⁵⁹ A ADPF nº 572 foi autuada em 15 de março de 2019.

⁶⁰ A Rede apontou violação à súmula vinculante nº 14 do STF – “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”.

⁶¹ A Rede asseverou a violação aos arts. 66 e seguintes, do RISTF.

criminal. Assim, o RISTF, recepcionado como lei formal⁶², é a lei mencionada no parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, que admite investigação penal por autoridades outras que não a polícia. Aí proteger-se-ia a separação de poderes e, então, a independência do Judiciário. Poderia, então, o STF instaurar inquérito judicial. Entretanto, isso não significa que sua condução pode ser feita em desconformidade com o modelo penal acusatório, devendo ser respeitado o núcleo essencial do princípio acusatório e impedida a acumulação das funções de instrução e julgamento ou de acusação e julgamento. Além disso, salientou que ainda assim mantém-se o Ministério Público como órgão acusador precípua, devendo a investigação ter sua participação. Tal se daria porque é o *Parquet* o destinatário dos elementos colhidos na investigação, como também porque é ele que deve assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos investigados. Quis dizer o chefe do Ministério Público Federal que não pode existir investigação, mesmo que transite entre juiz investigador e polícia, como órgão de apoio, sem a supervisão do Ministério Público.

Ainda na apontada ADPF, em 26 de novembro de 2019, o Min. Moraes, condutor do inquérito, prestou novas informações. Afirmou que, em 15 de abril de 2019 e em 18 de outubro de 2019, abriu vista do inquérito à PGR. Salientou, ainda, que, em 22 de outubro de 2019, compareceram ao STF dois membros do Ministério Público Federal, que requereram cópia das decisões proferidas no inquérito e de três apensos, tendo o material sido disponibilizado em 25 de outubro de 2019.

Em paralelo à ADPF, alguns *habeas corpus* foram impetrados com argumentos e pacientes variados. Os *habeas corpus* nº 170.263, nº 170.274 e nº 170.328⁶³ tiveram como foco a proteção de integrantes de O Antagonista, da Revista Crusoé, do jornalista Mario Sabino Filho e de Mare Clausum Publicações Ltda⁶⁴ – a quem pertence os aludidos meios de comunicação –, bem como a tutela da liberdade de imprensa, sobretudo em relação à matéria intitulada “O amigo do amigo do meu pai”. Dos argumentos contrários à citada portaria e ao inquérito, a última impetração criticou a concentração nas mesmas mãos das funções de investigar, acusar e julgar e a violação à função do próprio Ministério Público.

⁶² Ver exemplificativamente BRASIL. STF. RE 1.057.193 ED-AgR-EDv-AgR/RS – Rio Grande do Sul. Ag. Reg. nos Emb. Div. No Ag. REg. nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 04/06/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico. DJe-123 Divulg 20-06-2018 Public 21-06-2018. E STA 10 AgR/PE - Pernambuco. Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 04/03/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 02-04-2004 PP-00099 Ement Vol-02146-01 PP-00001.

⁶³ Os *habeas corpus* nº 170.263 e nº 170.274 foram autuados em 16 de abril de 2019 e o *habeas corpus* nº 170.328 foi autuado em 22 de abril de 2019. O segundo, porém, foi inadmitido, tendo a decisão transitada em julgado.

⁶⁴ Mare Clausum Publicações LTDA ajuizou, da mesma forma, a reclamação nº 34.367, com autuação em 16 de abril de 2019. Apontou como reclamado o Min. Alexandre de Moraes, condutor do sigiloso inquérito nº 4.781 e como atos reclamados sua decisão de remoção da matéria jornalística “O amigo do amigo de meu pai” dos sítios eletrônicos O Antagonista e a Revista Crusoé, sob a justificativa de divulgação de *fake news*, bem como a determinação de que jornalistas e sócios da pessoa jurídica depusessem à polícia. Com a reclamação, buscou-se proteger a decisão do STF proferida na ADPF nº 130.

O *habeas corpus coletivo* nº 170.271⁶⁵ foi impetrado em favor de todos os investigados no inquérito nº 4.781⁶⁶ e o *habeas corpus coletivo* nº 170.285⁶⁷ teve como pacientes, além de sete pessoas naturais, os integrantes da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR). Entre outros fundamentos, a ANPR reclamou que um julgador instaurou um inquérito e escolheu outro para conduzi-lo e, assim, praticar atos administrativos policiais e ministeriais⁶⁸. Além disso, questionou a ausência do Ministério Público na supervisão da investigação⁶⁹.

Também foram impetrados os *habeas corpus* nº 170.329 e nº 170.330⁷⁰, em favor do general de brigada reformado do Exército Brasileiro Paulo Chagas. Na segunda impetração, levantou-se, entre outras, a questão de o Ministério Público não ter sido ouvido previamente à decisão de busca e apreensão tomada e da qual o paciente foi alvo⁷¹.

O mandado de segurança coletivo nº 36.422⁷² foi impetrado pela ANPR em favor dos Procuradores da República associados investigados no inquérito nº 4.781. Entre palavras que impugnaram tanto a portaria, como o inquérito, apontou como ilicitude a ausência de membro do Ministério Público na investigação, que ainda se qualifica de sigilosa. A Procuradoria-Geral da República, à época chefiada por Raquel Dodge, insistiu no sentido de que peticionou nos autos do citado inquérito, para obter informações detalhadas a respeito do objeto específico do procedimento e no afã de identificar os investigados, não tendo, porém, o requerimento sido atendido. Para o presente trabalho, relevante é a Procuradoria-Geral ter salientado a violação ao princípio da separação de poderes e a existência de uma condução de investigação sem a presença do Ministério Público⁷³.

⁶⁵ O *habeas corpus* nº 170.271 foi autuado em 16 de abril de 2019.

⁶⁶ O *habeas corpus* coletivo nº 170.401, autuado em 23 de abril de 2019, foi igualmente impetrado em favor de todos os investigados no inquérito nº 4.781. Nele consta importante argumento de impossibilidade de o mesmo ator reunir a condição de vítima, investigador, acusador e julgador.

⁶⁷ O *habeas corpus* nº 170.285 foi autuado em 16 de abril de 2019.

⁶⁸ A ANPR argumentou que o art. 43 do RISTF não foi recepcionado à luz dos ditames da Constituição.

⁶⁹ Em 24 de outubro de 2019, a PGR, sob a chefia do Procurador-Geral Augusto Aras, em manifestação no bojo do *habeas corpus* nº 170.285, posicionou-se pelo não conhecimento do remédio constitucional. Fundamentou-se na jurisprudência do STF de que não cabe *habeas corpus* contra ato de ministro do STF, o que decorreria de interpretação analógica da Súmula nº 660, da Corte, e da inexistência de demonstração manifesta de ausência de prática de infração penal.

⁷⁰ Os *habeas corpus* nº 170.329 e nº 170.330 foram autuados em 22 de abril de 2019. Quanto ao primeiro, o Min. Edson Fachin decidiu pelo não conhecimento da impetração, fundamentando-se no fato de os impetrantes não comporem a defesa técnica do paciente, a legitimação universal ser figura subsidiária e a real defesa técnica ter impetrado o *habeas corpus* nº 170.330. Esta decisão transitou em julgado.

⁷¹ O *habeas corpus* nº 170.336, autuado em 22 de abril de 2019, foi impetrado em favor de Marcelo Santiago de Morais Afonso. Nele expressou-se que, sem a participação do Ministério Público, buscas e apreensões e proibições de circulação de matérias jornalísticas foram determinadas.

⁷² O mandado de segurança nº 36.422 foi autuado em 16 de abril de 2019.

⁷³ Para a PGR, ao se tornar investigador, o ministro do STF viola a separação de poderes, por exercer duas funções que deveriam estar separadas.

Além disso, nos próprios autos do inquérito nº 4.781, mesmo sem vista dos mesmos – relembrando que a então chefe da PGR afirmou ter requerido, em 15 de março de 2019, informações a respeito do referido procedimento ao seu condutor, sem sucesso – em 16 de abril de 2019, o Ministério Público promoveu pelo seu arquivamento⁷⁴⁻⁷⁵. Salientou que veículos de informação noticiaram a execução de medidas cautelares penais sujeitas à reserva de jurisdição sem qualquer participação prévia do *Parquet*. Justificou seu posicionamento em algumas assertivas importantes para o presente trabalho. Disse que o Ministério Público é o titular da ação penal de iniciativa pública, o que gera consequências diretas na investigação criminal. Lembrou que o sistema constitucional previne arbitrariedades e o excesso de concentração de poder, com distribuição de atribuições e uma lógica de freios e contrapesos. Salientou a inadmissão, pelo sistema acusatório, de que o mesmo personagem acuse, defenda e julgue ou investigue e acuse. Assim, expressou a não recepção, pela Constituição, da ideia do juiz investigador. Enfatizou a impossibilidade constitucional de exclusão do Ministério Público de uma investigação e de imposição a ele do sigilo em um procedimento desta espécie. Chamou a atenção para o fato de a ordem jurídica não autorizar um juiz, que entenda ter havido um fato criminoso e seja vítima do mesmo, instaurar uma investigação e designar outro juiz como condutor do referido procedimento. Lembrou a competência⁷⁶ constitucional penal originária estrita do STF para processar e julgar demandas criminais contra determinadas autoridades⁷⁷. Asseverou a inviabilização do controle sobre o inquérito também porque sua portaria não especifica os fatos criminosos a serem investigados. Com similitude de razão, afirmou a impossibilidade de o objeto de uma investigação ser genérico e indeterminado a ponto de não ter limite temporal ou espacial.

⁷⁴ O arquivamento feito pela Procuradoria-Geral da República, segundo jurisprudência do próprio STF, é irrecusável. Seriam exemplos Pet 4.131 AgR/MG – Minas Gerais. Ag. Reg. na Petição. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 26/06/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-162 Divulg 28-08-2008 Public 29-08-2008. Ement Vol-02330-02 PP-00274 LEXSTF vol. 30, nº 359, 2008, p. 176-187; Pet 4.173 AgR/MG – Minas Gerais. Ag. Reg. na Petição. Relator(a): Min. Menezes Direito. Julgamento: 12/06/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-162 Divulg 28-08-2008 Public 29-08-2008. Ement Vol-02330-02 PP-00284. Pet 2.509 AgR/MG – Minas Gerais. Ag. Reg. na Petição. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 18/02/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 25-06-2004 PP-00066 Ement Vol-02157-01 PP-00148 RTJ Vol-00192-03 PP-00873.

⁷⁵ O Min. Alexandre de Moraes rejeitou integralmente a promoção de arquivamento proveniente da PGR, sob o argumento de a titularidade do Ministério Público para a ação penal pública não significar o mesmo para a investigação. Por esse ponto de vista, seria possível a instauração de inquérito judicial pelo STF. Ademais, qualificou como genérico o requerimento de arquivamento formulado.

⁷⁶ A competência constitucional originária é fixada pela condição do investigado ou réu como autoridade com foro especial por prerrogativa de função e não pela condição da vítima. Para importante estudo sobre o tema, ver BRASIL. STF. AP 937 QO/RJ – Rio de Janeiro. Questão de Ordem na Ação Penal. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Revisor(a): Min. Edson Fachin. Julgamento: 03/05/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Acórdão Eletrônico. DJe-265 Divulg 10-12-2018 Public 11-12-2018.

⁷⁷ A portaria que instituiu o inquérito não aponta quem são os investigados.

De relevância acadêmica, vale chamar a atenção sobre o parecer⁷⁸ do professor René Ariel Dotti a respeito do Inquérito nº 4.781. O mesmo veio aos autos da ADPF nº 572, após a admissão do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, como *amicus curiae*. Entre suas lições, Ariel Dotti afirmou não poder um juiz usurpar o exercício da função do titular da investigação ou da ação penal, bem como que o princípio da subsidiariedade norteia o poder instrutório do juiz a ter vez somente na falta de atuação do órgão adequado – Ministério Público ou polícia –, configurando o contrário uma subversão das funções. Consignou o indevido sigilo absoluto no inquérito e o equivocada alijamento do Ministério Público do exercício das suas funções. Com destaque, o professor enfatizou “a estranha reunião das funções (acusar, investigar e julgar)”⁷⁹ nas mãos de um só poder e a institucionalização do abuso. E esclareceu que o STF “como um dos poderes da República não pode estar infenso às manifestações críticas dos cidadãos pelas várias modalidades da liberdade de expressão”⁸⁰.

Por tudo que foi exposto, verifica-se que o inquérito nº 4.781 sofre inúmeras críticas, muitas das quais com amparo nas ideias levantadas na segunda seção deste trabalho. Assim, parece contrariar o princípio republicano um mesmo ator (no caso, judicial) enfeixar em suas mãos a função de investigar – administrativa – e decidir, lembrando que decisões judiciais foram tomadas pelo Min. Alexandre de Moraes, condutor do citado inquérito. É de ser lembrado, ainda, que, segundo a própria portaria instauradora, os ministros do STF – a incluir o Min. Moraes – são as vítimas dos fatos em apuração.

Além disso, a centralização da investigação no STF parece fugir da lógica de ser a competência originária uma exceção e, por isso, merecedora de interpretação estrita. Porque tão somente os ministros do STF são considerados as vítimas, o próprio Tribunal promover a investigação entrega ares de privilégio não justificado e repudiado pelo princípio republicano. O desenho constitucional não contemplou essa previsão.

Da mesma forma, o grau de sigilo imposto, pelo que os envolvidos asseveraram, gerou uma impossibilidade de adequado controle sobre a investigação. Se o sigilo, em investigações penais, é em certo grau admitido⁸¹, não o é aquele que inviabilize qualquer controle institucional externo. Daí a importância do enunciado de Súmula Vinculante nº

⁷⁸ O aludido parecer pode ser estudado a partir do citado processo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5658808>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

⁷⁹ DOTTI, René Ariel. O Supremo Tribunal Federal e o inquérito nº 4.781 - Parecer, p. 18. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5658808>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

⁸⁰ DOTTI, René Ariel. O Supremo Tribunal Federal e o inquérito nº 4.781 - Parecer, p. 28. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5658808>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

⁸¹ BRASIL. STF. Rcl 29.609 AgR/GO - Goiás. Ag. Reg. na Reclamação. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 17/08/2018. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação Processo Eletrônico. DJe - 179 Divulg 29-08-2018 Public 30-08-2018.

14, do STF. No ponto, o sigilo absoluto, como explicitam aqueles que estão diretamente ligados à investigação, não tem amparo no princípio republicano.

Por fim, a ausência de separação das funções, a centralização das investigações e o sigilo imposto talvez pudessem ter seus efeitos deletérios revertidos se, desde sempre, tivesse sido franqueado o controle sobre o mencionado inquérito. Em que pese, ante as narrativas acima expostas, a disputa pela verdade processual a respeito de o Ministério Público ter recebido, em estágio não inicial das investigações, os autos do procedimento para análise, não é falso que o *Parquet* deve – o tom é de prescrição (dever ser) – atuar de forma equilibrada e pautada na proteção dos direitos fundamentais. Bebendo das lições do professor Demoro Hamilton, não se pode admitir a existência de um procedimento investigatório – policial ou judicial – sem o real controle. Tal é uma exigência do princípio republicano.

Como dito por Oscar Vilhena, “em uma república nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles”⁸². E é com olhos nisso que Fábio Konder Comparato ensina que “[n]uma república, ninguém deve exercer o poder em benefício próprio, ou de grupos ou corporações às quais pertença, mas sim exclusivamente para a realização do bem público, que é o bem do povo”⁸³.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou, a partir da visão do professor Demoro Hamilton, destacar a importância do controle sobre o Estado, sobretudo em relação a investigações relacionadas à prática de ilícitos penais. O norte, da primeira seção, foi extrair do ensinamento de Demoro Hamilton, em seu texto intitulado *A ilegalidade das VPIs, das sindicâncias, dos acautelamentos e quejandos*, o valor do controle feito pelo Ministério Público, sobre investigações policiais. Nesse momento, foram declinados alguns problemas da ausência de fiscalização sobre a atuação policial. Compreendeu-se dessa lição que a polícia somente pode promover investigação por intermédio de instrumento que admita controle.

Assentada a lógica acima, na segunda seção ampliou-se a concepção citada. Para tanto, foram expostas algumas projeções do princípio republicano para expandir constitucionalmente as razões pelas quais não se devem admitir mecanismos de investigação sem controle. A gestão da coisa pública e as ideias de separação de poderes, de federalismo instrumental, de cargos políticos eletivos, de temporariedade ou periodicidade dos mandatos eletivos, de publicidade e de transparência, de igualdade

⁸² VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 211.

⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. Redescobrimo o espírito republicano. *Revista da AJURIS*, Ano. XXXII, nº 100, p. 99-117, dez. 2005, p. 116. As únicas exceções que o professor aponta são assuntos que toquem a intimidade das pessoas e os referentes às relações internacionais.

e de impessoalidade, e de legalidade trazem em si uma autorização de fiscalização sobre os negócios públicos e sobre as pessoas envolvidas. Daí concluiu-se ser inerente ao princípio republicano a noção de controle.

Por fim, no intuito de testar tanto o que foi retirado da primeira seção, quanto da segunda seção, analisou-se todo o cenário que envolve o inquérito nº 4.781. Para tanto, conquanto seja este sigiloso, foram estudadas as demais medidas impugnativas ao mesmo. Pelo desenho que se obteve, foi possível dizer que o procedimento investigativo é conduzido por um juiz da Suprema Corte, designado pelo seu presidente. Nele, ao que tudo indica, sem que terceiros consigam acesso, o mesmo ator que investiga (função administrativa) também decide medidas cautelares sob reserva de jurisdição (função judicial). Além disso, a vítima é quem realiza atos administrativos e judiciais. E, ao menos não *ab initio*, a investigação não conta com qualquer tipo de controle. Esta formatação está em dissonância com o prescrito nas seções anteriores do trabalho.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.

ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 21, nº 84, p. 95-112, out./dez. 1984.

_____. *República e constituição*. 2ª ed., 2ª tiragem, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. STF. AC 3.585 AgR/RS – Rio Grande do Sul. Ag. Reg. na Ação Cautelar. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 02/09/2014. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação Processo Eletrônico DJe-211 Divulg 24-10-2014 Public 28-10-2014.

_____. STF. ADI 3.418/MA - Maranhão. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 20/09/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico. DJe-259 Divulg 03-12-2018 Public 04-12-2018.

_____. STF. ADI 3.853/MS – Mato Grosso do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 12/09/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-131 Divulg 25-10-2007 Public 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00029 Ement Vol-02295-04 PP-00632 RTJ Vol-00203-01 PP-00139.

_____. STF. ADI 4.544/SE - Sergipe. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Julgamento: 13/06/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico. DJe-189 Divulg 10-09-2018 Public 11-09-2018.

_____. STF. ADI 4.555/PI - Piauí. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento: 14/08/2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico. DJe-189 Divulg 29-08-2019 Public 30-08-2019.

_____. STF. ADI 4.601/MT – Mato Grosso. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 25/10/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico DJe-236 Divulg 06-11-2018 Public 07-11-2018.

_____. STF. ADI 5.346/BA - Bahia. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 18/10/2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico DJe-242 Divulg 05-11-2019 Public 06-11-2019.

_____. STF. AP 937 QO/RJ – Rio de Janeiro. Questão de Ordem na Ação Penal. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Revisor(a): Min. Edson Fachin. Julgamento: 03/05/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Acórdão Eletrônico. DJe-265 Divulg 10-12-2018 Public 11-12-2018.

_____. STF. Pet 2.509 AgR/MG – Minas Gerais. Ag. Reg. na Petição. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 18/02/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 25-06-2004 PP-00066 Ement Vol-02157-01 PP-00148 RTJ Vol-00192-03 PP-00873.

_____. STF. Pet 4.131 AgR/MG – Minas Gerais. Ag. Reg. na Petição. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 26/06/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-162 Divulg 28-08-2008 Public 29-08-2008. Ement Vol-02330-02 PP-00274 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 176-187.

_____. STF. Pet 4.173 AgR/MG – Minas Gerais. Ag. Reg. na Petição. Relator(a): Min. Menezes Direito. Julgamento: 12/06/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-162 Divulg 28-08-2008 Public 29-08-2008 Ement Vol-02330-02 PP-00284.

_____. STF. Rcl 29.609 AgR/GO - Goiás. Ag. Reg. na Reclamação. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 17/08/2018. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação Processo Eletrônico. DJe - 179 Divulg 29-08-2018 Public 30-08-2018.

_____. STF. RE 1.028.577 AgR/RJ – Rio de Janeiro. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 19/03/2019. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação Acórdão Eletrônico DJe-064 Divulg 29-03-2019 Public 01-04-2019.

_____. STF. RE 1.057.193 ED-AgR-EDv-AgR/RS – Rio Grande do Sul. Ag. Reg. nos Emb. Div. No Ag. REg. nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 04/06/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico. DJe-123 Divulg 20-06-2018 Public 21-06-2018.

_____. STF. RE 637.485/RJ – Rio de Janeiro. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 01/08/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Publicação Acórdão Eletrônico. Repercussão Geral – Mérito DJe-095 Divulg 20-05-2013 Public21-05-2013.

_____. STF. SS 3.902 AgR-segundo/SP – São Paulo. Segundo Ag. Reg. na Suspensão de Segurança. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento: 09/06/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-189 Divulg 30-09-2011 Public 03-10-2011 Ement Vol-02599-01 PP-00055 RTJ Vol-00220-01 PP-00149.

_____. STF. STA 10 AgR/PE - Pernambuco. Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 04/03/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 02-04-2004 PP-00099 Ement Vol-02146-01 PP-00001.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.414/AL - Alagoas. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 31/05/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Processo Eletrônico DJe-114 Divulg 14-06-2013 Public 17-06-2013.

BURLE FILHO, José Emmanuel; RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *O arquivamento do inquérito policial*. 1ª ed. São Paulo: Fiuza Editores, 1996.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Redescobrimo o espírito republicano. *Revista da AJURIS*, Ano. XXXII, nº 100, p. 99-117, dez. 2005.

CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 1, nº 1, p. 87-96, 2009.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. Princípio republicano e virtudes republicanas. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, Ano 8, nº 02, p. 145-174, 2008.

DOTTI, René Ariel. O Supremo Tribunal Federal e o inquérito nº 4.781 - Parecer. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5658808>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

GOMES, Laurentino. *1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Globo, 2013.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HAMILTON, Sergio Demoro. A ilegalidade das VPIs, das sindicâncias, dos acautelamentos e quejandos. *Revista do Ministério Público*, p. 209-215, jan./jun. 1999.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. 2ª tiragem. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. O significado de República. *Revista Estudos Históricos*, vol. 2, nº 4, p. 214-224, 1989.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2ª ed. rev. e atual. Bauru: Edipro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Volume 1, 22ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Discricionariedade persecutória: um debate antecipado por Sergio Demoro Hamilton

*Antonio Henrique Graciano Suxberger**

Sumário

1. Introdução. 2. As “razões invocadas para arquivamento”. 3. A previsão certa de Sergio Demoro Hamilton. 4. O sentido normativo do interesse processual: da LIDB às Regras de Tóquio. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Um dos maiores destaques na obra do Professor Sergio Demoro Hamilton consiste na capacidade de agregar uma sólida formação teórica com a disposição (e ousadia) de fornecer impressões iniciais sobre temas ainda em discussão. O talento para antever temas candentes, relevância em discussões ainda iniciais e lançar luz em debates ainda tímidos assegurou às manifestações do Professor Demoro Hamilton, sempre ocupado com os temas da prática diária e do aperfeiçoamento institucional do Ministério Público, a função de norte seguro às vindouras inovações legislativas que a legislação processual penal brasileira experimentou e segue experimentando.

Seus estudos sobre a ação penal são exemplo sólido dessa contribuição. Interessa ao presente artigo a discussão sobre a obrigatoriedade da ação penal, já antevista por Demoro Hamilton em, pelo menos, duas oportunidades ao longo das diversas comissões de reforma do Código de Processo Penal (CPP).¹

O Código de Processo Penal brasileiro, positivado no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, já experimentou alterações pontuais por mais de cinquenta leis desde sua edição. Entre as possibilidades políticas de aprovação de um novo código e alterações pontuais, o Brasil só conseguiu modificar seu marco normativo para processo penal brasileiro por meio de diversas reformas que nem sempre primaram pela sistematicidade e organicidade, atributos fundamentais a um Código. Isso porque,

* Pós-Doutor pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito. Promotor de Justiça no Distrito Federal. Professor titular do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB. Professor dos cursos de especialização da FESMPDFT e da ESMPU.

¹ HAMILTON, Sergio Demoro, A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no Anteprojeto do Código de Processo Penal, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 19, p. 29–35, 1974; HAMILTON, Sergio Demoro, A ação penal no Projeto de Código de Processo Penal, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 44, p. 117–125, 2012.

dos diversos projetos que sempre tramitaram para alterações do Código, os que restaram aprovados não trouxeram, como medida geral, a consideração de reformas pontuais que tramitaram separadamente. Os resultados de antinomias aparentes e previsões carentes de sistematicidade dentro da legislação processual penal brasileira são sentidos por todos os operadores do sistema de justiça criminal.

A pretensão de substituição do Código de Processo Penal antecede a Constituição de 1988, vale dizer. No início da década de 1960, Hélio Tornaghi foi incumbido de apresentar um anteprojeto de CPP. Seu trabalho, concluído em 1963 e formalizado perante o Ministério da Justiça do Governo João Goulart, não chegou a ser apresentado ao Congresso Nacional, porque, afinal, o próprio Governo João Goulart foi deposto pelo Governo militar que se impôs na sequência, em 1964. Ainda que tenha havido esforço do Ministro da Justiça Milton Campos, já na presidência de Humberto Castelo Branco, para apresentação do anteprojeto, a proposta não chegou a ser formalizada no Congresso Nacional.²

No final da década de 1960, José Frederico Marques foi incumbido da elaboração de um anteprojeto de CPP. Seguidamente, um grupo formado pelo próprio Frederico Marques, juntamente com os professores Benjamim Moraes Filho e José Salgado Martins, dedicou-se a revisar e, então, apresentar um anteprojeto de modificação do CPP. Em 1974, após coleta de sugestões e críticas, uma comissão, então formada novamente por Frederico Marques, agora na companhia de Hélio Bastos Tornaghi e Benjamin Moraes Filho, sob presidência de José Carlos Moreira Alves, finalmente concluiu um anteprojeto de CPP que foi remetido ao Congresso Nacional como proposição e, assim, formalizada em projeto de lei (PL nº 633, de 1975).³ Após ampla discussão e muitas emendas na Câmara dos Deputados, a proposição foi remetida ao Senado Federal, onde então foi retirada pelo Poder Executivo ao argumento de que “a incorporação do rol de emendas aprovadas pela Câmara afetou-lhe a estrutura sistemática.”⁴

Em 1974, dissertando justamente sobre o que nominou como “princípio da obrigatoriedade mitigada”, Demoro Hamilton se debruçou sobre a proposta deduzida por Frederico Marques particularmente sobre o exercício da ação penal.⁵ Nesse estudo, problematizou a ideia de que o exercício da ação penal derivaria de uma obrigatoriedade legal rígida ou de uma temperança dirigida ao rigor do princípio da legalidade que informa o exercício da ação penal.

² PIERANGELI, José Henrique, *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*, Bauru: Jalovi, 1983, p. 169-170.

³ PASSOS, Edilenice, *Código de Processo Penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores*, Brasília: Senado Federal - Senado Federal: Secretaria de Informação e Documentação, 2008, seção 3.

⁴ ABI-ACKEL, Ibrahim, *Exposição de Motivos no 212, de 9 de maio de 1983*, Brasília: Diário do Congresso Nacional, Seção I, suplemento, p. 73-81, 1983, p. 73.

⁵ HAMILTON, A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no Anteprojeto do Código de Processo Penal.

O cerne da discussão girou em torno do enunciado veiculado pelo art. 28 de CPP – recentemente alterado pelo art. 3º da Lei 13.694, de 24 de dezembro de 2019, que a imprensa nominou como Pacote Anticrime, tomando a proposição aprovada pelo Congresso Nacional como se resultado das propostas deduzidas pelo Poder Executivo em fevereiro do mesmo ano. Em rigor, as deformações da proposição, então deduzida pelo Poder Executivo (Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 882, de 19 de fevereiro de 2019), são tantas que fica difícil identificar, na Lei 13.694, as propostas do Poder Executivo.

De qualquer modo, eis a discussão apresentada por Demoro Hamilton em face da compreensão sustentada por Frederico Marques: se o arquivamento da investigação, promovido pelo Ministério Público e determinado pelo juiz, autorizava controle a respeito das “razões invocadas”, é o caso de se afirmar um espaço decisório no exercício da própria ação penal?

Nos itens seguintes, serão retomados os argumentos então revistos por Demoro Hamilton e sua própria ideia sobre o tema. Na sequência, serão cotejados os pontos sustentados pelo professor Hamilton com as disposições normativas que se seguiram ao Código e, enfim, a redação atual estabelecida pela Lei 13.694. Para formular a hipótese do presente artigo como uma pergunta, pode-se sintetizá-la assim: o Professor Sergio Demoro Hamilton já antevira, ainda na década de 1970, a atualidade da discussão a respeito da discricionariedade persecutória presente na decisão do Ministério Público de promover a ação penal. É o que se discutirá a seguir.

2. As “razões invocadas para arquivamento”

Sergio Demoro Hamilton parte de uma premissa esclarecedora sobre o exercício da ação penal: aliás, trata-se de uma assertiva que muitos autores deixam de visualizar por tomarem o construído como algo dado. Diz ele: “O Código de Processo Penal em vigor, embora não o registre, de forma expressa, em qualquer dispositivo, adotou, iniludivelmente, o princípio da obrigatoriedade pura da ação penal pública.”⁶ Só essa advertência se mostra válida porque, da revisão da literatura nacional, tem-se muitas vezes um silêncio a respeito dos enunciados normativos positivados na legislação que, de fato, não indicam expressamente a ideia de uma obrigatoriedade pura.

Entenda-se obrigatoriedade pura como a ausência de um espaço decisório, pelo Ministério Público, para o exercício da ação penal. Trata-se de ideia antagônica ao que se denomina discricionariedade persecutória. Esta última é a compreensão de que existe uma *decisão* materializada pelo Ministério Público quando ele, afirmando a presença dos requisitos, condições para o exercício da ação, pressupostos para o desenvolvimento válido e regular do processo e lastro probatório mínimo, promove a ação penal em juízo.

⁶ *Ibid.*, p. 29.

A literatura processual penal brasileira indica a obrigatoriedade como um princípio que orienta o exercício da ação penal pública. A ação penal observa regime de direito público, isso é certo, nos termos do artigo 100 do Código Penal. A exteriorização da ação penal, em regra pelo Ministério Público, consiste na instrumentalização da própria pretensão punitiva do Estado. Por isso, segundo tradicionalmente se afirma, o exercício da ação penal pública vincula-se a um afirmado princípio da obrigatoriedade.⁷

Um dos teóricos da obrigatoriedade, o processualista italiano Giovanni Leone, na década de 1960, afirmava que a discricionariedade no exercício da ação penal seria incompatível com uma visão democrática da função penal.⁸ Em obra específica sobre a obrigatoriedade da ação penal, Afrânio Silva Jardim, após extensa revisão da literatura, asseverou que os “funcionários investidos no órgão público” não poderiam “afastar a aplicação do Direito Penal, legislado ao caso concreto, ao seu talento ou juízo discricionário, baseado em critérios de oportunidade e conveniência, nem sempre muito claros ou definidos.”⁹

Em rigor, os argumentos, deduzidos por aqueles que sustentam a ausência de um espaço decisório por parte do Ministério Público, ao promover a ação penal, não parecem se dirigir antagonicamente ao reconhecimento de uma discricionariedade persecutória. O antagonismo de ideias, que coloca, de um lado, a obrigatoriedade da ação penal, tem por lógica que, de outro lado, encontre-se uma suposta existência de espaço livre de controle, arbitrário e carente de balizas normativas para uma decisão sobre o exercício da ação penal em cada caso. Claramente, esse antagonismo não se refere ao tema da discricionariedade persecutória.

Deveras, a discricionariedade não se confunde com arbítrio – esta última categoria, sim, lastreia a decisão carente de balizas, seja porque inexistentes, seja porque ignoradas, como exteriorização última de um voluntarismo estatal. Mesmo os ordenamentos que privilegiam, de maneira bastante acentuada, a oportunidade no exercício da ação penal, como, por exemplo, ocorre no Direito estadunidense¹⁰, cujos meios de controle dizem mais com o debate político que propriamente com o debate jurídico, não sustentam uma arbitrariedade incontrastável na decisão de deduzir a ação penal ou de recusar seu exercício quando presente lastro empírico para a judicialização do caso penal.

O *locus* desse debate merece, pois, ser revisitado. Sergio Demoro Hamilton, ao discutir sobre a obrigatoriedade da ação penal, promove profícuo diálogo com o

⁷ JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de, *Direito processual penal: estudos e pareceres*, 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 101-102.

⁸ LEONE, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*. Vol. 1, Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-america, 1963, p. 141.

⁹ JARDIM, Afrânio Silva, *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, 3. ed. Rio da Janeiro: Saraiva, 1998, p. 49.

¹⁰ LEVINE, Samuel J, *Disciplinary Regulation of Prosecutorial Discretion: What Would a Rule Look Like?*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 16, p. 347-361, 2019, seç. II.

pensamento de Frederico Marques em cima da expressão “improcedentes as razões invocadas” então veiculadas no art. 28 do CPP. Convém a redação do enunciado veiculado então no art. 28 do CPP (grifos nossos):

Art. 28. 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.

É que Frederico Marques, ao visualizar o *espaço* de controle realizado pelo juiz por ocasião da apreciação da promoção de arquivamento pelo Ministério Público, sustentava que havia, sim, espaço para manifestação decisória, pois, afinal, haveria escrutínio sobre o caráter fundado ou não das razões de arquivamento do Ministério Público. O exame, portanto, das razões de arquivamento, para Frederico Marques, não era outra coisa que o exame das razões invocadas pelo Ministério Público para não exercer a ação penal. Nas palavras de Frederico Marques, tal como consignado pelo professor Demoro Hamilton: “Ora, não dizendo a lei processual que razões são essas, nada impede que o Ministério Público invoque motivos de oportunidade condizentes com que exige o bem comum.” Segue Frederico Marques, especificamente sobre a expressão “razões invocadas” do art. 28 do CPP:

[p]elo seu caráter vago e indefinido, [a expressão *razões invocadas*] constitui um desses conceitos válvulas com que se permite ao juiz penetrar os mandamentos da equidade na rígida contextura normativa do direito escrito, para que o Judiciário, na aplicação da lei, atenda aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.¹¹

A advertência de Sergio Demoro Hamilton sobre a adoção de uma obrigatoriedade impensada, automática, sem consideração de vetores político-criminais ou de utilidade social é certa:

[o] princípio da legalidade, se adotado com a rigidez que a lei pretendeu, redundaria, muitas vezes, em prejuízo para a causa da

¹¹ HAMILTON, A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no Anteprojeto do Código de Processo Penal, p. 30.

justiça, frustrando os fins sociais a que a lei se destina bem como desatendendo às exigências do bem comum.¹²

Mas, então, será que essa assertiva de Demoro Hamilton o colocou lado a lado com aqueles que sustentavam a dissociação da chamada “obrigatoriedade pura” no exercício da ação penal? A resposta é negativa, como desenvolvido a seguir.

3. A previsão certa de Sergio Demoro Hamilton

Reconhecendo a crueza da adoção de uma obrigatoriedade impensada, automática, para o exercício da ação penal, parece que Sergio Demoro Hamilton comungaria do entendimento de Frederico Marques, defensor severo (e ilustre) de uma discricionariedade mitigada para o exercício da ação penal desde a primeira hora. É o esclarecimento que Demoro Hamilton traz na sequência que mostra a atualidade (e caráter visionário) de seu pensamento.

Diferentemente do que sustentava Frederico Marques, que visualizava, na apreciação do Judiciário diante da promoção de arquivamento (ou mesmo do exercício da ação penal), a possibilidade de recusar a instauração do processo-crime por razões metajurídicas, Hamilton prende-se justamente no texto legal para visualizar o processo decisório do Ministério Público para o exercício da ação penal. Dizia ele, já em 1974:

Ao contrário do que sustenta o douto autor do anteprojeto, “as razões invocadas”, a que se refere o art. 28, não têm caráter vago e indefinido. As razões invocadas só podem ser as do art. 43 do Código de Processo Penal. A falta de uma das condições da ação, ali enumeradas, tornaria o Ministério Público carecedor de ação, motivando a rejeição da inicial por parte do Estado-juiz.¹³

Sua contribuição, vale destacar, encontra convergência com o escólio de Rogério Lauria Tucci. Em estudo publicado na década seguinte, ao desenvolver o que chamou de princípio *publicístico* do processo penal, Lauria Tucci projetou a regra da ação penal pública obrigatória como decorrência desse princípio. Por isso, o Ministério Público, segundo Tucci,

[t]em o dever funcional indeclinável de — recebendo os autos de investigação criminal ou peças de informações, demonstrativos de cometimento de

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, p. 32.

infração penal, por determinada pessoa física — aforar, no prazo legal, a respectiva ação de conhecimento de caráter condenatório.¹⁴

No entanto, tal como Hamilton, Rogério Lauria Tucci, um árduo defensor dessa obrigatoriedade do exercício da ação penal e da inevitabilidade da jurisdição penal, quando explica o exercício da titularidade da ação penal pelo Ministério Público, o faz reconhecendo de modo incontornável que essa titularidade de aferição traduz relevante *espaço decisório*. Para atender fielmente à lição doutrinária, convém registrá-la textualmente:

Bem é de ver, todavia, que isso não significa deva o Ministério Público oferecer denúncia, então, automaticamente; até porque, para tanto, deverá formar-se a *opinio delicti*, de sorte a revestir-se sua atuação (intimamente relacionada com esses pressupostos técnicos do exercício do direito à jurisdição), em seguida ao término da primeira fase da *persecutio criminis*, de certo e inafastável subjetivismo.

A proposição acusatória deve suceder, portanto, à formação da convicção ministerial sobre a prática de infração penal e respectiva autoria. E, no caso de esta não se concretizar, haverá lugar para a formulação de pedido de arquivamento, necessariamente motivado, a teor do art. 28 do CPP, que alude a “razões invocadas”, ou seja, a motivação que, tida como relevante, deverá ser encampada pelo órgão jurisdicional ou pelo chefe do Ministério Público.¹⁵

Vale lembrar que, na redação vigente ao tempo dessa discussão, o art. 43 trazia justamente as hipóteses em que o juiz poderia rejeição a ação penal aforada pelo *dominus litis*.

Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando

I – o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

¹⁴ TUCCI, Rogério Lauria, Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático), São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002, p. 117.

¹⁵ *Ibid.*, p. 117-118.

Com as revogações e inovações trazidas pela Lei n.º 11.719 de 2008, que reformou todo o capítulo dos procedimentos do CPP, as hipóteses de rejeição da ação penal passaram a ser disciplinas, com maior rigor técnico-legislativo, no art. 395 do CPP, a seguir transcrito:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando

I – for manifestamente inepta

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

A inépcia, trazida no inciso I, refere-se ao não atendimento aos requisitos formais da peça acusatória, tal como estabelecidos no art. 41 do CPP. A justa causa, por sua vez, guarda pertinência com o lastro empírico mínimo, que ampara a imputação deduzida em juízo, de sorte a evitar a instauração de processos criminais de modo temerário. A justa causa, vale dizer, é informada pelos elementos de informação que subsidiaram a *opinio delicti* do titular do direito de ação penal.

A apreciação dos pressupostos, para desenvolvimento válido e regular do processo, escapa de razões de utilidade social ou política criminal. Dizem mais com a viabilidade do exercício da ação penal em juízo que com sua conveniência. Em geral, referem-se à ausência de fatores impeditivos do processo-crime, tais como coisa julgada, litispendência ou a impossibilidade de se processar mais de uma vez que já fora absolvido da mesma imputação (“O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” – n. 4 do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada pelo Decreto nº 678/1992).

As condições para o exercício da ação penal, para além da legitimação para aforar a ação penal (*legitimatío* ativa *ad causam*) e para figurar no polo passivo da vindoura relação jurídico-processual, referem-se à necessária presença de interesse processual.

A questão é: de 1974 (data do trabalho do professor Sergio Demoro Hamilton) aos dias de hoje, houve alterações normativas que informem balizas *normativas* para a decisão do Ministério Público de oferecer a ação penal? Afinal, tem razão o professor Hamilton quando afirma que as razões invocadas pelo Ministério Público para não ofertar ação penal só podem ser aquelas definidas em lei. Logo, a lei (no caso, o CPP) sofreu influxos normativos que deram conteúdo diferenciado ao interesse processual desde a redação então presente no CPP em sua versão original? A resposta, que soa afirmativa, encontra-se na compreensão um pouco mais alargada sobre o que sejam as bases normativas para a persecução penal no Brasil de hoje.

4. O sentido normativo do interesse processual: da LIDB às Regras de Tóquio

O acerto da lição de Hamilton, ao visualizar a discussão no plano normativo das condições para o exercício da ação penal – e não na expressão autorizativa do controle jurisdicional do exercício da ação penal (ou a recusa dele) pelo Ministério Público, como fez Frederico Marques –, é confirmado pela redação imposta ao art. 28 do CPP pela recentíssima Lei nº 13.964 de 2019:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§1º 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.

§2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Ao suprimir a expressão “improcedentes as razões invocadas”, o legislador corretamente dá realce ao controle da discricionariedade persecutória do titular da ação penal unicamente na aferição do que preceitua o art. 395 do CPP. Ao deixar que a manifestação primeira (Promotor de Justiça ou Procurador da República) e última (órgão revisional do próprio Ministério Público) sobre o exercício da ação penal situe-se unicamente no titular privativo da ação penal pública, o legislador reforça a modelagem acusatória presente na legislação pátria. De igual modo, pode-se afirmar, dá mais sentido normativo ao espaço decisório informado pelo interesse processual que substancia condição para o exercício da ação penal em juízo.

No entanto, novamente, a presença de um “juízo sobre a conveniência ou não da propositura da ação penal, baseado na existência ou não de fundamento razoável para a acusação”¹⁶ ampara-se em preceito normativo. Quando vislumbrou, no anteprojeto elaborado por Frederico Marques, a opção por uma mitigação da obrigatoriedade da ação penal, Hamilton já anteviu que o reconhecimento do espaço decisório para o

¹⁶ HAMILTON, A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no Anteprojeto do Código de Processo Penal, p. 34.

exercício da ação penal, há mais de quarenta anos, que “o anteprojeto tem em mira evitar a ação antissocial, norteando-se pela norma de superdireito inserta no art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, tal como preconizado pelo próprio autor do anteprojeto.”¹⁷ O escólio de Hamilton concluiu, então, sobre a abertura para a discricionariedade persecutória, que o condicionamento do exercício da ação penal a razões de política criminal lhe parecia “experiência válida que muito poderá contribuir para a melhor distribuição da justiça penal.”¹⁸

Hamilton, ao construir tal assertiva, em verdade, previu o que viria a dizer uma série de diplomas normativos incidentes sobre a questão.

Yue Ma menciona que, “em todos os países, os promotores gozam de certo grau de discricção.”¹⁹ Porém, nos Estados Unidos, eles são praticamente os únicos a contar com uma discricção demasiadamente ampla e, em grande parte, livre de controle. Entre as modelagens de Ministério Público na Europa, o grau de discricção difere conforme o princípio seguido pelo país, que pode ser o da oportunidade ou da legalidade. A adoção da oportunidade traduz maior discricção na tomada de decisões quanto à acusação. Já os países que adotam a legalidade limitam o exercício dessa discricionariedade do promotor. Ainda assim, Yue Ma destaca que, nos últimos anos, “parece haver uma tendência em direção a conceder maior independência e autonomia aos promotores até mesmo em países que seguem o princípio da legalidade.”²⁰

A compreensão da necessidade da superação da obrigatoriedade da ação penal, para reconhecimento de uma discricionariedade persecutória, passa pelo reconhecimento de que a obrigatoriedade, como princípio jurídico, é absolutamente irrealizável. A aspiração por um sistema igualitário que encontraria, na realização obrigatória da ação penal, uma certeza de que o sistema de justiça criminal trata a todos igualmente simplesmente não encontra respaldo empírico algum. Ao contrário, a afirmação normativa que nega a realidade de atuação discricionária do Estado apenas tem se prestado ao longo do tempo como instrumento de invisibilidade aos “códigos” que orientam a atuação dos atores do sistema de justiça criminal.²¹ Anote-se, novamente, que discricionariedade persecutória não se confunde com arbítrio do Ministério Público, pois justamente afirma e reconhece a necessidade de controle sobre a decisão incidente sobre o exercício da ação penal. Paradoxalmente, a afirmação da obrigatoriedade pura e simples oculta justamente as ferramentas necessárias de controle dessa inegável discricionariedade.

¹⁷ *Ibid.*, p. 35.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ MA, Yue, Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos, *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, v. 1, n. 1, p. 12-42, 2011, p. 34.

²⁰ *Ibid.*, p. 34-35.

²¹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*, Brasília: Fundação Escola, 2019, sec. 2.4.

Se Hamilton mencionou o art. 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (à época, nominada como Lei de Introdução ao Código Civil), para destacar que, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, é possível igualmente visualizar vetores ainda mais claros de política criminal na positivação das chamadas Regras de Tóquio (Regras mínimas, padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade – Resolução nº 45/110 das Nações Unidas, aprovada pela Assembleia Geral de 14 de dezembro de 1990). Confira-se o que diz o art. 5.1 das Regras, quando menciona os critérios que devem orientar a *utilidade* de se promover a responsabilização penal do investigado em juízo por meio da ação penal:

5.1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

Ao enumerar os seguintes critérios – proteção da sociedade, prevenção do crime, promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas –, tem-se claramente um conteúdo próprio à ideia de interesse processual, para evitar o que Hamilton denominara como ação antissocial. Nesses critérios, claramente, tem-se o minudenciamento do que sejam os “fins sociais” e as “exigências do bem comum”, bem indicados na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (art. 5º) como balizas à aplicação da lei pelo juiz (e, verdadeiramente, por todos os operadores do Direito).

5. Considerações Finais

Há mais de quarenta anos, Sergio Demoro Hamilton, ao visitar a discussão sobre a obrigatoriedade da ação penal, lançou as bases para a compreensão da discricionariedade persecutória em ordenamentos de tradição europeia-continental como o brasileiro. Aclarou a discussão que colocava, de um lado, a adoção de uma obrigatoriedade pura para o exercício da ação penal em contraposição, de outro lado, a uma legalidade mitigada, na qual razões metajurídicas poderiam amparar o não exercício da ação penal. Ao reconhecer que o exercício impensado e não refletido da ação penal poderia ensejar respostas antissociais, já em 1974, Hamilton lançou as bases, a partir do que seriam os fins sociais da lei e a exigência do bem comum, para normativamente se reconhecer que, se há espaço de

discrecionariade para o exercício da ação penal pelo Ministério Público, ele há de ser buscado igualmente no campo normativo.

A atualidade do pensamento de Hamilton é confirmada pelas alterações legislativas que se seguiram à sua reflexão, bem assim pela agenda hoje presente para o aprimoramento legislativo do combalido sistema de justiça criminal brasileiro.²² Como destaca Leonel González, um dos mais relevantes pontos da agenda político-criminal brasileira deve ser “um novo modelo de relacionamento, onde o Ministério Público assuma definitivamente a direção e planejamento da persecução e, ao mesmo tempo, receba diversos poderes discricionários para exercer a ação penal.”²³ Hamilton já previra tal compreensão, destacando a importância de fazê-lo dentro de marcos normativos claros e condizentes com as próprias funções do Direito.

A posituação das Regras de Tóquio deu voz ao que Hamilton já “profetizara” à luz da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (então, Lei de Introdução ao Código Civil), para além da urgente necessidade de assegurar racionalidade mínima a um sistema de justiça criminal que, hoje, prende muito e o faz mal²⁴, dado que nossos dados de aprisionamento não se mostram condizentes com os assustadores números de violência urbana e criminalidade econômica.

Revisitar a obra do Mestre Sergio Demoro Hamilton dá a certeza aos operadores mais jovens do Direito Processual Penal de que as angústias atuais já foram, há muito, antevistas por ele. Com segurança e originalidade, Hamilton prestou relevante contribuição ao Direito de ontem, de hoje e, espera-se, de amanhã.

Referências

ABI-ACKEL, Ibrahim. *Exposição de Motivos no 212, de 9 de maio de 1983*. Brasília: Diário do Congresso Nacional, Seção I, suplemento, p. 73-81, 1983.

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (Org.). *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 15-36.

HAMILTON, Sergio Demoro. A ação penal no Projeto de Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 44, p. 117-125, 2012.

²² SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, O encarceramento em massa na agenda do desenvolvimento sustentável das Nações Unidas: consequências para a ação penal no Brasil, *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 2, n. 3, 2016.

²³ GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel, Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina, in: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (Org.), *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*, Santiago: CEJA, 2017, p. 27.

²⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, O encarceramento em massa no Brasil a partir de suas assimetrias: o que dizem os números e sua relação com a segurança pública, in: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano et al (Orgs.), *Segurança pública: os desafios da pós-modernidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 64-65.

_____. A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no Anteprojeto do Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n.19, p. 29-35, 1974.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

_____, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Vol. 1. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-america, 1963.

LEVINE, Samuel J. Disciplinary Regulation of Prosecutorial Discretion: What Would a Rule Look Like? *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 16, p. 347-361, 2019.

MA, Yue. Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, v. 1, n. 1, p. 12-42, 2011.

PASSOS, Edilenice. *Código de Processo Penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores*. Brasília: Senado Federal - Senado Federal: Secretaria de Informação e Documentação, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. Brasília: Fundação Escola (FESMPDFT), 2019.

_____. O encarceramento em massa na agenda do desenvolvimento sustentável das Nações Unidas: consequências para a ação penal no Brasil. *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 2, n. 3, 2016. Disponível em: <https://editorialjurua.com/revistaconsinter/wp-content/uploads/2016/12/ano-ii-numero-iii-o-encarceramento-em-massa-na-agenda-do-desenvolvimento-sustentavel-das-nacoes-unidas-consequencias-para-a-acao-penal-no-brasil.pdf>.

_____. O encarceramento em massa no Brasil a partir de suas assimetrias: o que dizem os números e sua relação com a segurança pública. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SANTOS, Leonardo Augusto de A. Cezar dos; BALLAN JÚNIOR, Octahydes; et al. (Orgs.). *Segurança pública: os desafios da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 43-68.

TUCCI, Rogerio Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Revisão criminal *pro societate* e obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos

Carlos Gustavo Coelho de Andrade*

Sumário

1. A Revisão Criminal na visão do Dr. Demoro. Revisão *pro reo*. Legitimidade do MP. Revisão criminal e júri. 2. O sistema interamericano de direitos humanos. A coisa julgada em face de graves violações de direitos humanos na jurisprudência da Corte IDH. 3. Limites constitucionais à jurisprudência da Corte IDH. Da eficácia normativa supralegal reconhecida à CADH. 4. Da impossibilidade de superação *pro societate* da coisa julgada de forma ampla, por simples violação da CADH ou surgimento de provas novas. 5. Da possibilidade de superação *pro societate* da coisa julgada fraudulenta em graves violações de direitos humanos em situações excepcionais. 5.1. Da sentença inexistente (falsificação ou venda de sentença). 5.2. Da coisa julgada fraudulenta (processo viciado por anormalidade institucional, coação ou conluio). 5.3. Da atestada falsidade de prova fundamental (art. 621, II, do CPP n/f arts. 1º, 8º e 25 CADH). 6. Da legitimidade do MP para propor revisão criminal *pro societate*. Da soberania do Tribunal do Júri. 7. Conclusões. Referências bibliográficas. Referências jurisprudenciais interamericanas.

Resumo

Analisa-se inicialmente a contribuição do Dr. Sergio Demoro em questões controvertidas da revisão criminal relativas ao ônus da prova, legitimidade, justa indenização e cognição do juízo revisional. Em seguida, retoma-se o tema à luz das obrigações positivas em matéria penal (ou mandados implícitos de criminalização) reconhecidas pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição o país se submeteu, diante da determinação interamericana de relativização da coisa julgada em hipóteses de graves violações de direitos humanos. Descrevem-se os fundamentos e a evolução da jurisprudência interamericana e busca-se definir as hipóteses de sua compatibilidade com a normativa constitucional, a permitir, em casos excepcionais, o manejo pelo Ministério Público de revisão criminal *pro societate* por força dos arts. 1º, 8º e 25 da CADH.

* Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Revisão criminal. *Pro societate*. Coisa julgada. Relativização. CADH. Corte Interamericana. Direitos humanos.

1. A Revisão Criminal na visão do Dr. Demoro. Revisão pro reo. Legitimidade do MP. Revisão criminal e júri

No ano de 2003, o Dr. Sergio Demoro presenteou a comunidade jurídica com o artigo *A revisão criminal* – cinco temas provocativos¹, no qual magistralmente analisou questões controvertidas acerca do instituto, classificado ainda dentre os *recursos* pelo Código de Processo Penal, onde foi regulamentado nos artigos 621 a 631. Indagava Dr. Demoro acerca do ônus da prova na ação revisional, da legitimidade do Ministério Público, da forma pela qual poderia ser reconhecida uma justa indenização por erro judiciário na ação revisional e debatia a possibilidade e a cognição do juízo revisional em sede de decisões provenientes do Tribunal do Júri, sempre partindo do pressuposto legal da exclusividade da revisão criminal *pro reo* e da falta de previsão legislativa para o manejo do instituto *pro societate*.

Quanto ao ônus da prova, sustentava Dr. Demoro que na ação revisional o ônus probatório incumbia ao autor da demanda, uma vez que esta pressupunha a existência de sentença condenatória transitada em julgado, formando coisa julgada material, que se presumia, ainda que *iuris tantum*, verdadeira e correta. Rejeitava, pois, a tese defendida por ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii* no sentido de que nenhuma presunção poderia superar as estabelecidas em favor do acusado ou condenado. Entende-se assistir plena razão ao Dr. Demoro, na medida em que não há nenhum sentido em, findos os inúmeros recursos previstos em lei e finalmente transitada em julgado a sentença condenatória, pretender prorrogar *ad infinitum* a presunção constitucional de inocência, prevista pela norma para valer *apenas* “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Ora, se *extremamente* verossímeis e plausíveis os argumentos e elementos de prova trazidos pela Defesa (ou pelo Ministério Público como *custos legis*, como veremos em seguida), é possível conceder-se liminar, antecipação de tutela ou *habeas corpus* para *sustar* a execução definitiva da pena, mas *no mérito* da desconstituição da coisa julgada condenatória há de se exigir *prova* suficiente, a ser trazida pela parte autora, demonstrando os fundamentos pelos quais a presunção de validade e correição da coisa julgada deve ser suplantada, em favor do réu.²

Caso contrário, a ação revisional se prestaria a uma renovação e eternização do julgamento inicial, buscando a mera reavaliação das provas ou a fortuna de encontrar julgadores mais afeitos às teses, argumentos e elementos de prova trazidos pela defesa.

¹ HAMILTON, Sergio Demoro. A revisão criminal – cinco temas provocativos. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 18. Rio de Janeiro: MPERJ, 2003.

² No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*: tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 390.

A existência de uma coisa julgada que, ainda que superável, seja presumida verdadeira até que se demonstre o contrário (incumbindo a quem alega este ônus), é pressuposto de estabilidade e segurança jurídica e sua corrosão retiraria qualquer credibilidade a um sistema de Justiça que permitisse a eternização da renovação de recursos e julgamentos, por diferentes juízes, até que algum em algum momento se aceitasse a pretensão defensiva, *ainda que não amparada em prova robusta*, mas em mera *presunção* de que a coisa julgada – mesmo que precedida de inúmeros recursos e órgãos revisores – fosse injusta. Ora, quem alegar a injustiça que a prove, assumindo o respectivo ônus, como já bem alertava Dr. Demoro nos idos de 2003.

O segundo tema abordado por Sergio Demoro dizia respeito à questão da legitimidade do Ministério Público para ajuizar revisão criminal *pro reo*, diante da omissão legislativa do CPP sobre a hipótese. Novamente com acerto e exatidão, Dr. Demoro demonstra que, ainda que seja de se lamentar a falta de previsão expressa no âmbito do CPP sobre a matéria, a Constituição inequivocamente outorga esta legitimidade ao *Parquet*, ao erigi-lo como fiscal da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CRFB/88, art. 127). Ora, deveria – ou poderia – o membro do MP, ciente da ilegalidade ou injustiça de um decreto condenatório, calar-se, omitindo-se e permitindo a execução de uma pena *injusta* e ilegal? O dever ministerial de agir advém da necessidade de se cessar a violação da ordem jurídica ou do regime democrático e de se impedir que o Estado pratique atos ilegais, em detrimento do condenado: sempre que o membro do MP tenha se convencido, a partir de robustos elementos de prova, de que a condenação seja injusta ou ilegal deve tentar fazer cessar a ilegalidade.³ É de se aduzir, outrossim, que o cumprimento indevido de pena por condenado inocente, além de violar interesse individual indisponível deste, vulnera a ordem jurídica, macula a credibilidade institucional e, ademais, acarreta prejuízo direto ao Estado e ao sistema carcerário, tanto em decorrência dos custos do encarceramento indevido como da superlotação e/ou retirada de vaga do sistema carcerário, cujos recursos são finitos e não devem ser alocados para pessoas cuja condenação seja injusta, equivocada ou ilegal. Se mesmo no processo civil se concede legitimidade para o Ministério Público ajuizar ação rescisória (art. 967, III, do CPC), com mais razão no âmbito criminal há interesse público em não se permitir uma execução de pena ilegal, inconstitucional ou injusta.

Quanto à forma pela qual poderia ser reconhecida uma justa indenização por erro judiciário na ação revisional, Dr. Demoro alertava com precisão que não sendo o membro do MP representante da Fazenda Pública, e não podendo representar seus interesses por vedação constitucional (art. 129, IX, da CRFB), não poderia a revisão

³ No mesmo sentido, ainda: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1020; MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 157; QUEIJO, Maria Elisabeth. *Da revisão criminal: condições da ação*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 186. Contra: BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*: tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elvieser, 2009, p. 387.

criminal impor uma condenação ao Estado sem que os representantes da Fazenda Pública fossem chamados a participar do processo. Assim, sustentava que, sempre que houvesse pedido indenizatório em revisão criminal, deveriam ser chamados os representantes fazendários para que pudessem participar da relação processual. Sustentava, ainda, quanto à indenização em sede de revisão criminal, a não recepção da norma do art. 630, §2º, *b*, do CPP, que excluía o direito de indenização caso se tratasse de ação penal privada, pela CRFB/88, que teria tornado incondicional a indenização decorrente do erro judiciário. Parece-nos completamente hígida a fundamentação trazida pelo Dr. Demoro, não sendo admissível, diante da norma constitucional, que o *Parquet* atue em Juízo para representar o interesse fazendário, nem que a Fazenda seja condenada sem direito à ampla defesa.

Por fim, novamente concorda-se integralmente com o Dr. Demoro no que tange à falta de jurisdição do Tribunal de Justiça para, em sede de revisão criminal, alterar o veredito do Tribunal do Júri. Assim, na revisão criminal, a possibilidade de revisão do mérito do julgado se adstringiria à hipótese de erro na aplicação da pena, ou de não observância do veredito pelo juiz sentenciante, na qual o Tribunal restabeleceria a soberania do Tribunal do Júri ou corrigiria falha do Juiz-presidente. Nas demais hipóteses, em que se alegar a ocorrência de nulidade absoluta ou de se demonstrar a falsidade do quadro probatório que embasou a condenação, a revisão teria como efeito a dissolução da coisa julgada com mera cassação da sentença ou acórdão viciados, determinando-se novo julgamento do fato pelo Tribunal do Júri⁴.

⁴ Contra, defendendo a possibilidade de ampla revisão dos fatos e do direito pelo Tribunal em revisão criminal: MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 198-200; QUEIJO, Maria Elisabeth. *Da revisão criminal: condições da ação*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 195-196, arguindo a falta de previsão legal para a cisão dos juízos rescindente e rescisório e o risco de manutenção de injusta condenação pelo Tribunal do Júri. Veja-se, porém, que a (in)justiça da condenação é mérito que deve ser aferido pelos jurados, e não pelo Tribunal: trata-se exatamente de definir-se a competência de quem pode cotejar a prova com novos fatos, não se podendo presumir o acerto da decisão do tribunal em detrimento da do jurado no âmbito do júri, diante do princípio constitucional da soberania dos vereditos. Ao revés, admitindo-se que os tribunais procedam também ao juízo rescisório, arrisca-se uma banalização da revisão criminal como segunda apelação sobre fatos, sempre que se encontrar órgão jurisdicional receptivo às teses defensivas (duplamente) rejeitadas pelos jurados. Veja-se, por exemplo, o julgamento do HC 63.290-RJ, pelo STJ em que, não obstante condenação pelo júri e rejeição da apelação e da revisão criminal pelo TJ, o STJ em *habeas corpus* desconstituiu coisa julgada condenatória e diretamente absolveu o apenado porque considerou frágil a prova colhida, preponderantemente colhida em sede inquisitorial, procedendo a um quarto reexame probatório. STJ. 6ª T. HC 63.290-RJ. Rel. Des. Conv. Celso Limongi. Julg. 03.09.09, DJe 19.04.10. Cite-se, ainda, o AgRg na Recl. 29.621-MT, no qual o STF cassou decisão em revisão criminal que, contrariando decisão em recurso extraordinário que assentara que o veredito condenatório do Tribunal do Júri amparado em testemunho ocular não podia ser cassado pelo TJ em apelação, decidira por rescindir a coisa julgada e absolver o réu por ausência de provas. O STF concluiu que o TJMT em revisão criminal contrariou a decisão do STF quanto aos limites da apelação criminal, diante da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri, ilustrando os riscos da eterna rediscussão dos fatos e a possibilidade de usurpação da competência para julgá-los pelo meio da revisão criminal. STF. 1ª T. Ag.Rg. na Recl. 29.621-MT. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 25.06.19. DJe 01.10.19.

Poder-se-ia acrescentar que, num quadro legal que previsse a revisão criminal apenas em benefício do réu, o novo julgamento do Tribunal do Júri não deveria prejudicá-lo e que a condenação anterior serviria como limite máximo para o reconhecimento das circunstâncias qualificadoras e agravantes, assim como a pena fixada não poderia ser agravada, ficando devolvida à cognição do Tribunal do Júri apenas dentro destes limites máximos, não se admitindo quesitação ou condenação além destas fronteiras.

Para além destas questões controvertidas da revisão criminal trazidas pelo CPP e pelo texto constitucional, passa-se a verificar a influência da Convenção Americana de Direitos Humanos e, em especial, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange às obrigações positivas em matéria penal (mandados implícitos de criminalização fundados no Direito Internacional dos Direitos Humanos) sobre o instituto da coisa julgada para, analisando seus limites em face de graves violações de direitos humanos na normativa interamericana, verificar se é possível, e em que âmbito, o manejo pelo Ministério Público de revisão criminal *pro societate*.

2. O sistema interamericano de direitos humanos. A coisa julgada em face de graves violações de direitos humanos na jurisprudência da Corte IDH

Em 22.09.1992, o Brasil depositou na OEA a carta de adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, ou CADH), promulgada pelo Decreto nº 678, de 06.11.92, estabelecendo um padrão-mínimo de *respeito e garantia* aos direitos humanos dentro do sistema interamericano. Alguns anos depois, com o reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵ pelo país, em 10.12.1998, suas decisões passaram a ser de obediência compulsória pelo país, na forma do art. 68.1 da CADH⁶, norma vigente no país com eficácia normativa supralegal, conforme assentado pelo STF em 2008 no julgamento do RE 466.343.⁷ Ademais, as normas concretizadoras de direitos humanos têm eficácia imediata (CRFB, art. 5, §1º) e, como reconhecido pelo STF no que tange às audiências de custódia, as normas convencionais são aptas a fundamentar a prática de atos processuais e a orientar a interpretação da norma processual interna.⁸

Por seu turno, além do dever de cumprir as decisões proferidas em seu desfavor, a submissão do país à jurisdição contenciosa da Corte IDH recomenda que se passe a

⁵ A Corte IDH é constituída por sete juízes eleitos por períodos de seis anos, dispondo de competência consultiva (relativa à interpretação da Convenção e de tratados de DIDH) e contenciosa, de caráter jurisdicional, em que julga casos concretos em que se impute a violação da CADH por um país signatário. Esta última competência é facultativa, dependendo de aceitação expressa do Estado-parte.

⁶ CADH, art. 68.1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

⁷ STF. Pleno. RE 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julg. 03.12.2008. DJe 05/06/2009.

⁸ STF. Pleno. ADI 5.240. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 20.08.15. DJe 01.09.15, onde se lê: “1. A *Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados*

observá-la mesmo nos julgados envolvendo outros Estados, valendo suas decisões (tanto na parte dispositiva quanto na fundamentação) como *res interpretata* acerca da norma convencional. Assim, urge-se sua observância, mesmo pelos Estados não envolvidos no processo, desde que não haja regra interna mais benéfica à proteção dos direitos humanos.⁹

Há um dever, pois, de *controle de convencionalidade* acerca da compatibilidade das decisões judiciais, atos legislativos e políticas públicas internas com a CADH, na medida em que esta tem eficácia normativa superior, inclusive no que tange às decisões e interpretação dada pela Corte IDH (art. 68.1 da CADH). Como afirma MAZZUOLI, a Corte IDH atribui primariamente aos juízes nacionais o dever de compatibilizar as normas internas com os mandamentos dos tratados internacionais de direitos humanos, devendo analisar a compatibilidade vertical da norma interna com a CADH, à luz da jurisprudência interamericana e tendo como paradigma todo o *corpus iuris* internacional de proteção aplicável (texto normativo e respectiva jurisprudência).¹⁰

Assim, disposições legais que não sejam compatíveis com a CADH seriam inválidas e o direito interno deveria ser interpretado de forma a que sua aplicação não violasse a CADH e a jurisprudência da Corte IDH¹¹. Tais perspectivas ainda iriam ao encontro

internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legítima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

No mesmo sentido, v. STF. Pleno. ADPF 347-MC. Min. Marco Aurélio. Julg. 09.09.15. DJe 09.02.16, afirmando: “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”.

⁹ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 997-999; PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 156-157. De forma semelhante, Mac-Gregor afirma que tanto o dispositivo como a fundamentação das sentenças (de jurisdição contenciosa) da Corte IDH têm força de coisa julgada para o Estado condenado e de *norma convencional interpretada* (*res interpretata*), para todos os Estados signatários da CADH, como padrão mínimo de efetividade da norma convencional, sem prejuízo da relativização da norma convencional interpretada mediante uma interpretação mais favorável, conforme princípio *pro personae* estabelecido no art. 29 da CADH. V. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). In: *Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 1, nº 1., jul./set. 2013, p. 180-230. A dificuldade pode residir em se saber *qual norma* é a mais benéfica aos direitos humanos no caso concreto, a que tutela direitos do acusado ou da vítima de violações de direitos humanos e seus familiares, concluindo a Corte IDH pela preponderância da proteção das vítimas, afastando óbices internos contrários.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle constitucional da convencionalidade das leis*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 35-40.

¹¹ Veja-se que fenômeno semelhante ocorre na Europa em decorrência da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cujas decisões, ainda que em regra, não pretendam ter efeitos normativos diretos no plano interno ou eficácia *erga omnes*, são usadas pelas Cortes nacionais para orientar e condicionar a interpretação de leis e mesmo de normas constitucionais, bem como a edição da legislação interna. V. AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* - Tomo II. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Edits). Berlin/Montevidео: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer,

dos vetores trazidos pelo art. 4º, inciso II, parágrafo único, e art. 5º, §§ 1º a 4º, ambos da CRFB, e pelo art. 7º do ADCT, que determinam a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do país, a integração latino-americana, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a complementaridade entre a norma constitucional e a internacional na proteção dos direitos fundamentais e incentivam a participação do país em tribunais internacionais de direitos humanos.

Tal sistemática passa a repercutir sobre o tema tratado na medida em que a Corte IDH, a partir da conjugação dos artigos 1º, 8º e art. 25 da CADH, prevendo a obrigação de respeitar direitos, de prover garantias judiciais (também às vítimas de violações de direitos humanos) a serem implementadas por tribunais independentes, imparciais e competentes e o dever de assegurar um recurso simples, rápido e efetivo de proteção judicial contra atos que violem direitos fundamentais ou convencionais, ao longo de décadas – e de forma similar à Corte Europeia de Direitos Humanos –, construiu firme jurisprudência reconhecendo a existência de *obrigações positivas* de tutela penal dos direitos humanos.¹² A Corte IDH, intérprete última da CADH, a cuja jurisdição o país se submeteu voluntariamente, considera, pois, que a Convenção Americana *exige* a persecução penal de suas violações, tendo declarado *incompatíveis com a CADH, inadmissíveis e desprovidas de efeitos jurídicos* quaisquer disposições legais que impeçam a investigação, processamento e julgamento de responsáveis por graves violações de direitos humanos, como atos de tortura, execuções sumárias e desaparecimentos forçados. Em consequência, a Corte interamericana determinou fossem afastadas normas nacionais relativas a anistia, prescrição, *coisa julgada* e a quaisquer óbices processuais que promovam a impunidade fática ou jurídica destes atos, por violarem os mandados implícitos de criminalização decorrentes da CADH¹³.

Assim, a jurisprudência interamericana relativiza a eficácia da coisa julgada, conjugando a norma do art. 8.4 da CADH (que veda nova persecução penal após o

2011; ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 246-251.

¹² ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de, *op. cit.*, p. 154-245; BESTAGNO, Francesco. *Diritti umani e impunità*. Obblighi positivi degli Stati in materia penale. Milano: Vita e pensiero, 2003, p. 52-73; FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 105-160. A investigação, persecução e o processo penal passam a ser vistos não apenas sob a ótica dos acusados, mas como instrumento de tutela de direitos fundamentais *das vítimas* de violações de direitos humanos, a exigir celeridade, adequação, eficiência e imparcialidade, sob pena de (nova) violação de direitos humanos assegurados nas respectivas convenções.

¹³ A Corte IDH, assim como o TEDH, usa a expressão *obrigações positivas em matéria penal*, ou *de tutela penal*, para veicular o conceito. Diante da existência da construção também no âmbito constitucional, da interpenetração do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) com o Direito Constitucional e da irrelevância de um mandado de criminalização primária que não seja seguido de efetiva persecução penal (criminalização secundária), utiliza-se a expressão de forma indistinta com a expressão “mandados implícitos de criminalização”, ainda que originariamente a primeira se refira aos mandados oriundos do DIDH. V. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 9-10.

trânsito em julgado de sentença absolutória) com aquelas dos artigos 1º, 8º e art. 25 da Convenção, exigindo *respeito e garantia* dos direitos convencionais e *recurso judicial efetivo* contra violações de direitos humanos.¹⁴ Vale dizer: para a Corte, a impunidade de violações de direitos humanos, ainda que fundada em óbice de coisa julgada absolutória, contraria a CADH, podendo ser superada a *res judicata* nestas hipóteses, sendo inválidas as disposições legais em sentido contrário.

Observe-se que a jurisprudência da Corte IDH não se limita a situações de crimes de lesa humanidade (em que haveria um elemento contextual de uma política estatal de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil, como em ALMONACID ARELLANO *vs.* CHILE e em hipóteses de Justiça de Transição, subsequente a regimes autoritários)¹⁵. Ao revés, faz uso do conceito mais amplo de *graves violações de direitos humanos*, abrangendo também ilícitos praticados em regimes democráticos, relativamente a atos de tortura,¹⁶ maus tratos,¹⁷ execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias,¹⁸ desaparecimento forçado,¹⁹ submissão à condição análoga à de escravo,²⁰ expulsão forçada da população civil²¹ e estupro²², levados a cabo por agentes públicos ou particulares em um contexto de macrocriminalidade propiciada pela participação ou omissão (seja por tolerância, conivência ou incapacidade) de agentes públicos em prevenir tais atos.²³

¹⁴ CADH, art. 8.4 – “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Veja-se que em GUTIERREZ E FAMÍLIA *VS.* ARGENTINA, p. ex., a Corte IDH considerou que o art. 8.4 se inseria no marco das normas relativas ao processo justo e ao devido processo legal, devendo ser interpretada em harmonia com as demais disposições do capítulo, que exigem também uma devida diligência investigatória, persecutória e de processamento de violações de direitos humanos (parágrafos 128), o que reputou ausente no caso, pelo que, “consequentemente, tampouco se produziu sentença firme” (parágrafo 129), tendo determinado a “remoção de todos os obstáculos *de facto e de jure*” que impeçam a devida investigação dos fatos nos respectivos processos (parágrafo 154).

¹⁵ Descrevendo o progressivo abandono das menções a crimes de lesa humanidade (CLH) pela noção de (graves) violações de direitos humanos na jurisprudência interamericana, e enfatizando a falta de competência penal da Corte e a pouca precisão ou utilidade da aferição do elemento contextual dos CLH pela Corte IDH até então, *v.* DONDÉ MATUTE, Javier. Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* - Tomo II. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. Berlín/Montevidéu: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

¹⁶ *V.* GUTIÉRREZ SOLER *VS.* COLOMBIA.

¹⁷ *V.* BULACIO *VS.* ARGENTINA, XIMENES LOPES *VS.* BRASIL, BUENO ALVES *VS.* ARGENTINA, ¹⁸ *V.* BARRIOS ALTOS *VS.* PERU, ALMONACID ARELLANO *VS.* CHILE, VILLAGRÁN MORALES (NIÑOS DE LA CALLE) *VS.* GUATEMALA, MASACRE DE MAPIRIPÁN *VS.* COLOMBIA, MASACRE DE PUEBLO BELLO *VS.* COLOMBIA, MASACRE DE ITUANGO *VS.* COLOMBIA, MASACRE DE LA ROCHELA *VS.* COLOMBIA, GARIBALDI *VS.* BRASIL, GUTIÉRREZ Y FAMILIA *VS.* ARGENTINA; HERZOG *VS.* BRASIL.

¹⁹ *V.* VELÁSQUEZ RODRIGUEZ *VS.* HONDURAS, BLAKE *VS.* GUATEMALA, GOMES LUND *VS.* BRASIL, GELMAN *VS.* URUGUAY

²⁰ *V.* MASACRE DE ITUANGO *VS.* COLOMBIA, FAZENDA BRASIL VERDE *VS.* BRASIL.

²¹ *V.* MASACRE DE PUEBLO BELLO *VS.* COLOMBIA, MASACRE DE ITUANGO *VS.* COLOMBIA

²² *V.* GONZÁLES Y OTRAS (CAMPO ALGODONERO) *VS.* MÉXICO.

²³ Para detalhamento dos casos, *vide* ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 200-244 e 349-352.

Em sentido semelhante, ZILLI, MONTECORADO e MOURA anotam que a Corte IDH determina a desconsideração de coisa julgada absolutória proferida em desconformidade com a CADH para viabilizar a punição de responsáveis de graves violações de direitos humanos, em que pese não exija o elemento contextual da prática sistemática e maciça de violações, tal como ocorre nos crimes contra a humanidade.²⁴ Conquanto demonstrem preocupação com a possibilidade de superação indiscriminada da coisa julgada em casos ocorridos em pleno contexto democrático, admitem que a jurisprudência interamericana se dirija a hipóteses de tortura, desaparecimento forçado e execuções sumárias, revelando preocupação com o resguardo de valores essenciais como a vida, a liberdade e a integridade física. Assim, a restrição à coisa julgada absolutória (*ne bis in idem*) na jurisprudência interamericana, nestas hipóteses excepcionais, constituiria forma de assegurar o respeito e concretizar direitos humanos essenciais garantidos pela CADH.

Em CARPIO NICOLLE *vs.* GUATEMALA, relativo a execuções extrajudiciais, iniciou-se o desenvolvimento do conceito de *coisa julgada (absolutória) fraudulenta*, considerando que os tribunais teriam agido sem independência e imparcialidade, tendo as investigações sofrido contínua obstrução por parte de agentes públicos e paramilitares, o que teria impedido que se identificasse, julgasse e sancionasse os responsáveis materiais e intelectuais das execuções das vítimas. Em GUTIÉRREZ SOLER *vs.* COLÔMBIA, relativo à tortura em unidade policial, considerou-se que a absolvição transitada em julgado era fraudulenta porque o processo não havia respeitado os *standards* da CADH, concluindo que não fariam coisa julgada as sentenças que emanassem de tais feitos²⁵. Em ALMONACID ARELLANO *vs.* CHILE, afirmou-se que a exceção de coisa julgada (*ne bis in idem*) não era aplicável quando a atuação do tribunal que resultou na absolvição ou extinção da punibilidade *tivesse obedecido a um propósito* de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal, quando o procedimento não tiver sido instruído em conformidade com as garantias processuais (das vítimas, de devida diligência investigatória e persecutória) e quando não tiver havido real intenção de submeter o responsável à ação da Justiça.

Dessa forma, para a Corte IDH o *ne bis in idem* não seria aplicável às coisas julgadas *fraudulentas*, isto é, àquelas oriundas de processo que: i) não teve a real intenção ou possibilidade de submeter o responsável à ação da Justiça (CARPIO NICOLLE *VS.* GUATEMALA e ALMONACID ARELLANO *VS.* CHILE); ii) não tenha obedecido

²⁴ ZILLI, Marcos; MONTECORADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* - Tomo II. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. Berlín/Montevidéu: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011, p. 417-421. Os autores exemplificam com o caso GUTIÉRREZ SOLER *vs.* COLOMBIA, relativo a ato de tortura em unidade policial.

²⁵ Parra Vera salienta que tal formulação *gera alguma complexidade* ao associar o conceito de coisa julgada fraudulenta a qualquer violação da CADH. V. PARRA VERA, Oscar. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates*. In: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 13, nº 1, nov. 2012, p. 10.

os padrões de investigação e instrução internacionalmente exigíveis (GUTIERREZ E FAMÍLIA VS. ARGENTINA) ou esteja em desconformidade com os parâmetros interamericanos (GUTIERREZ SOLER VS. COLOMBIA). Em tais casos, não haveria, para a Corte IDH, a formação de coisa julgada, diante do dever convencional de se investigar, processar e punir os responsáveis por graves violações de direitos humanos, afastando a arguição de coisa julgada fundada no direito interno ou no art. 8.4 da CADH.

Ademais, mesmo que o julgamento tenha se desenvolvido em conformidade com os parâmetros interamericanos, isto é, com adequada e eficiente investigação e persecução, com ampla participação das vítimas e/ou familiares em todas as etapas processuais e pré-processuais, com real intenção judicial de submeter o responsável à ação da Justiça, considera a Corte IDH que *sempre que apareçam novos fatos ou provas* que permitam a determinação dos responsáveis por violações de direitos humanos as investigações podem ser reabertas, “inclusive se existir uma sentença absolutória com qualidade de coisa julgada, uma vez que as exigências da justiça, os direitos das vítimas e a letra e o espírito da Convenção Americana afastam a proteção do *ne bis in idem*”²⁶.

Veja-se que *se* em ALMONACID ARELLANO VS. CHILE havia hipótese de crime contra a humanidade praticado por agentes de regime ditatorial, nos demais casos não se referiu a tal conceito, prescindindo-se do elemento contextual de ataque generalizado e sistemático contra a população civil. CARPIO COLLE VS. GUATEMALA versava sobre assassinato com motivação política, GUTIERREZ SOLER VS. COLOMBIA sobre tortura em unidade policial colombiana e GUTIERREZ E FAMÍLIA VS. ARGENTINA sobre homicídio praticado *contra policial* que investigava esquema de corrupção. No caso do MASSACRE DE LA ROCHELA VS. COLOMBIA, relativo a execução por paramilitares *de servidores ligados à administração da Justiça*, a Corte aduziu que:

*197. Asimismo, es necesario señalar que el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada.*²⁷

Em síntese, a Corte IDH afirma que a CADH *exige* a desconsideração, em detrimento de réu processado por graves violações de direitos humanos, de coisa

²⁶ Caso ALMONACID ARELLANO VS. CHILE, sentença de mérito e reparações de 26.09.2006, Série C nº 154, parágrafo 154.

²⁷ Caso MASSACRE DE LA ROCHELA VS. COLÓMBIA. Sentença de mérito e reparações de 11.05.2007. Série C, nº 163, parágrafo 197.

julgada absolutória ou *pro reo*: i) constituída em desconformidade com os *standards* interamericanos (de investigação e persecução eficiente, de ampla participação da vítima e/ou familiares em todas suas etapas e por juízo *imparcial* e independente; ii) se aparecerem novos fatos ou novas provas que permitam a determinação dos responsáveis por violações de direitos humanos.

A interpretação concedida pela Corte IDH à norma convencional é de aplicação obrigatória aos países que tenham se submetido à jurisdição contenciosa da Corte, tal qual o Brasil para fatos posteriores a 10.12.1998, diante do teor do art. 68.1 da CADH, por todos seus poderes e entes federados. Há, pois, aparente conflito entre a normativa convencional interpretada pela Corte IDH (a exigir a persecução penal de graves violações de direitos humanos, *independentemente* de atingidos por coisa julgada favorável ao réu) e a lei processual brasileira.

É preciso, pois, refletir sobre os efeitos e limites da aplicação da CADH e da jurisprudência da Corte IDH sobre o instituto da coisa julgada e da revisão criminal no Direito brasileiro.²⁸

3. Limites constitucionais à jurisprudência da Corte IDH. Da eficácia normativa supralegal reconhecida à CADH

Em que pese a Corte IDH considerar – ao lado da doutrina internacionalista – que as normas convencionais e sua jurisprudência prevalecem sobre *todo* o ordenamento interno, inclusive o constitucional, tal interpretação não se compatibiliza com a CRFB, além de outorgar poder ilimitável à Corte interamericana para definir o conteúdo da CADH e impor normas supraconstitucionais ao país. Assim, defende-se, ao menos para fins internos, que a força normativa desta jurisprudência – interpretativa da CADH – seja aquela outorgada pelo STF aos tratados internacionais de direitos humanos a partir do julgamento do RE 466.343, isto é, supralegal, mas infraconstitucional.

Entender que a CADH ou a Corte IDH poderia determinar a revogação²⁹ ou desconsideração³⁰ de normas constitucionais acarretaria a violação de um conteúdo

²⁸ Veja-se que ainda que o TEDH tenha jurisprudência similar vedando a aplicação de anistia, prescrição e causas extintivas de punibilidade em se tratando de violações de direitos humanos, bem como impondo um dever de adequada, eficiente e imparcial investigação, persecução e processamento penal destes fatos, a Corte IDH é mais incisiva no que tange aos efeitos internos de suas decisões, diante da doutrina do controle de convencionalidade, não se limitando a apenas declarar a responsabilidade internacional de um país signatário por violar a Convenção e instá-lo a tomar providências, como o TEDH, mas pretende *determinar* aos convenientes medidas específicas, como a *investigação e persecução penal* de fatos independentemente da existência de coisa julgada absolutória.

²⁹ Veja-se que a Corte IDH já determinou a revogação de norma constitucional a país signatário, no caso *A ÚLTIMA TENTACÃO DE CRISTO VS. CHILE*.

³⁰ Veja-se o conflito da Corte IDH com a Corte Constitucional da Guatemala pela determinação de superação da coisa julgada na supervisão do cumprimento de sentença de *NIÑOS DE LA CALLE VS. GUATEMALA* e *12 CASOS GUATEMALTECOS VS. GUATEMALA*

mínimo de soberania nacional e o desprezo dos limites de reforma constitucional³¹, o que seria nulo tanto no plano nacional (pela afronta à Constituição, arts. 1º, I, 4º, I, e art. 60 e §§) como no plano internacional (*cf.* art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, diante da falta de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo para firmar acordo que ensejasse renúncia à jurisdição constitucional).³² Assim, ainda que superáveis os óbices infraconstitucionais, como a regulamentação processual da exceção de coisa julgada e a inexistência de previsão no CPP para a revisão criminal *pro societate*, a CADH não teria eficácia normativa para superar a previsão *constitucional* de respeito à coisa julgada, como garantia individual.³³

Contudo, não constituiria violação da garantia da coisa julgada a alteração infraconstitucional das hipóteses de revisão criminal, salvo quando violado o *conteúdo essencial* da garantia constitucional.³⁴ Assim, poderia a CADH dispor sobre a regulamentação da coisa julgada, gozando de eficácia superior ao CPP, ou influir em sua interpretação, desde que não esvaziasse o instituto, violando a norma constitucional. Passa-se, então, a refletir sobre a eventual compatibilidade das hipóteses de superação de coisa julgada preconizadas pela Corte IDH com a CRFB.

4. Da impossibilidade de superação pro societate da coisa julgada de forma ampla, por simples violação da CADH ou surgimento de provas novas

Desde logo é de se advertir que não se considera haver compatibilidade da superação do óbice da coisa julgada *na extensão preconizada* pela Corte IDH com o ordenamento constitucional brasileiro, o qual deve preponderar sobre a CADH e a jurisprudência interamericana.

³¹ Em sentido semelhante, *v.* FRIEDE, Reis. *Revisão da Lei de Anistia*: um contraponto. 2ª ed. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2018, p. 364 e 375-382.

³² Para detalhamento, *v.* ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização*: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 331-348. Registre-se a posição de CANOTILHO sobre o *status* infraconstitucional das normas comunitárias, afirmando que a tese da supremacia do direito comunitário sobre o constitucional tornaria supérfluas as próprias constituições, equivalendo a um processo apócrifo de revisão, passível até mesmo de superar os limites materiais de revisão. O mesmo argumento incide para refutar a pretensão de supremacia da CADH e da jurisprudência interamericana sobre a Constituição, que poderia importar na violação de cláusulas pétreas (como a garantia da coisa julgada). *V.* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 904.

³³ *V.* ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização*: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 406-412.

³⁴ Veja-se que mesmo Silva Sánchez, forte opositor das obrigações positivas em matéria penal, afirma que a jurisprudência da Corte IDH de superação da coisa julgada em hipótese de violações de direitos humanos apenas ofende a garantia do *non bis in idem* quando o novo julgamento seja determinado tão só pelo surgimento de novas provas. Assim, caso o julgamento inicial favorável ao réu fosse decorrente de prevaricação ou contivesse vícios processuais determinando sua nulidade, a revisão da coisa julgada em detrimento do réu não ofenderia o *non bis in idem*. *V.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Nullum crimen sine poena? sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. *In: Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, nº 86-87, 2008, p. 149-172.

Em consequência, não se faz constitucionalmente viável a superação da garantia da coisa julgada favorável ao réu nas hipóteses do art. 621, inciso I, do CPP, isto é, em decorrência da mera contrariedade à lei (e à CADH) ou à prova dos autos, em situação de normalidade institucional e constitucional, sendo *vedada a eterna reavaliação da legalidade e da legitimidade da sentença absolutória* transitada em julgado, situação que impediria sua consolidação e ensejaria a contínua rediscussão jurídica ou fática da causa, violando o núcleo essencial constitucional da garantia da coisa julgada. Assim, como dissemos em outra oportunidade, não parece lícita a superação da coisa julgada absolutória apenas pela falta de diligência da investigação ou da persecução penal, da inobservância das garantias processuais das vítimas e seus familiares ou de suposta predisposição absolutória do juízo, diante da submissão do DIDH à Constituição no ordenamento brasileiro.³⁵

De forma semelhante, sustenta-se que o mero surgimento de novas provas que viabilizassem a condenação (hipótese reversa do inciso III do art. 623 do CPP) não deveria ensejar a desconstituição da coisa julgada em detrimento do réu, sob pena de se trazer insegurança jurídica e se obstar a paz social desejada pela coisa julgada regularmente formada, ainda que ao custo da impunidade de violações de direitos humanos.

O tema certamente é espinhoso, tendo o Tribunal Constitucional colombiano chegado à conclusão diversa, analisando ação constitucional que questionava a violação da CADH, da jurisprudência da Corte IDH e a violação de direitos fundamentais pela norma processual que vedava a revisão criminal *pro societate*. O tribunal, por meio da sentença C-004/2003, passou a admitir a possibilidade ampla de revisão criminal *pro societate*, nos termos da jurisprudência interamericana, sempre que se verificasse grave descumprimento do dever estatal de investigar de maneira séria e imparcial fatos que constituam violações de direitos humanos ou infração ao DIDH, a circunstância a ser declarada por decisão judicial interna ou por órgão internacional competente (como a Corte IDH) ou diante do surgimento de nova prova:

Es posible entonces establecer limitaciones al derecho al non bis in ídem a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el non bis in ídem, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado.

³⁵ ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização*: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 174.

(...)

A esos derechos de las víctimas corresponden ciertas obligaciones del Estado, pues si las víctimas tienen derecho no sólo a ser reparadas sino además a saber qué ocurrió y a que se haga justicia, entonces el Estado tiene el deber correlativo de investigar seriamente los hechos punibles. Esta obligación estatal es tanto más intensa cuanto más daño social haya ocasionado el hecho punible. Y por ello ese deber estatal adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos.

(...)

Los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento. Igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo.

(...)

La impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el non bis in idem es aún más evidente, por las siguientes dos razones: De un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados.

(...)

En tratándose de violaciones a los derechos humanos y de infracciones graves al derecho internacional humanitario, dichas restricciones se tornan inconstitucionales, y por ello debe entenderse que frente a esos comportamientos, la acción de revisión por la aparición de un hecho nuevo o

de una prueba no conocida al tiempo de los debates, procede también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, con el fin de evitar la impunidad de esos comportamientos atroces y poder esclarecer la verdadera responsabilidad de los procesados. Con el fin de amparar la seguridad jurídica y el non bis in ídem, debe existir un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates.

(...)

En los eventos de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves a los derechos humanos, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional de supervisión de derechos humanos que constata la omisión del deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente.³⁶

É preciso salientar que a Constituição colombiana insere a CADH e o Direito Internacional dos Direitos Humanos no bloco de constitucionalidade, de forma que, ao contrário do Brasil, a norma convencional (e sua interpretação pela Corte IDH) dispõe de força constitucional e é apta a condicionar a interpretação e ponderação de valores

³⁶ COLÔMBIA. Tribunal Constitucional. Sentença C 004/2003. Julg. 20.01.2003. Inteiro teor disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-004-03.htm>>. Acesso em 4 fev. 2020. O Tribunal salientou, ainda, ser constitucional a restrição à revisão criminal *pro societate* nos demais casos, diante da margem de discricionariedade do legislador para conciliar os valores da segurança jurídica e justiça quando não se tratar de violação de direitos humanos e, nos casos admitidos de revisão *pro societate*, limitou sua legitimidade à *Procuraduría* (órgão *custos legis* e fiscal da administração pública) e à *Fiscalía* (órgão acusatório). V. APONTE, Alejandro. Sistema Interamericano y derecho público interno: ampliación de los efectos de la acción de revisión en el caso de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (Edits). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* - Tomo III. Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013.

constitucionais.³⁷ Não sendo este o quadro brasileiro, defendendo-se uma primazia da norma constitucional sobre aquela convencional diante do texto da CRFB (art. 1º, I, 4º, I, e 60, *caput* e §§), não nos parece possa a CADH esvaziar o conteúdo essencial da garantia constitucional da coisa julgada.

Não seria lícito, pois, a revisão de sentenças transitadas em julgadas, em detrimento do réu, para mera rediscussão da convencionalidade, legalidade ou legitimidade do processo ou sentença e da eficiência da investigação, ou para se proceder a reanálise do quadro probatório diante de nova evidência: a proteção constitucional à coisa julgada é garantia individual que não pode ser ignorada ou diluída de seu conteúdo. Entender de modo diverso permitiria uma eternização da lide e uma precarização da garantia da coisa julgada e da presunção de inocência, enfraquecendo-as de tal modo a tornar-se incompatível com a previsão constitucional. Sem embargo, considera-se haver situações excepcionais que não estão albergadas dentro do conceito constitucionalmente protegido de coisa julgada, em que seriam aplicáveis as normas da CADH e da jurisprudência da Corte IDH, permitindo-se a revisão criminal também em detrimento do réu. Vejamos.

5. Da possibilidade de superação pro societate da coisa julgada fraudulenta em graves violações de direitos humanos em situações excepcionais

5.1. Da sentença inexistente (falsificação ou venda de sentença)

A primeira hipótese é aquela em que a sentença transitada em julgado, a rigor, não encerra conteúdo jurisdicional, mas sim é objeto material de crime de falsidade material ou ideológica (e exaurimento de crimes de corrupção passiva ou concussão), tratando-se de ato jurídico inexistente.

Ora, o ato de alguém que se traveste de juiz, falsifica a assinatura de magistrado ou obtém sua assinatura eletrônica e elabora e assina decisões sem autorização ou supervisão do magistrado não é sentença, mas documento falso, tratando-se de decisão inexistente. Da mesma forma, o ato de magistrado que, em vez de proferir sentença no exercício da função jurisdicional estatal *vende* o teor de uma decisão, é mero objeto material de crime de falsidade ideológica e, possivelmente, exaurimento de corrupção passiva, concussão ou prevaricação, não resultando do exercício da jurisdição e não produzindo qualquer efeito jurídico, senão para formar justa causa para a persecução penal em face do magistrado corrompido.

Nestes casos, têm-se sentença *inexistente*, ou em verdade *simulacro de sentença*, ou *documento travestido da forma de sentença*, mas sem conteúdo jurisdicional, seja porque não emanado de magistrado (ou sob sua supervisão), seja porque emanado de magistrado que

³⁷ Vide detalhada descrição do quadro constitucional colombiano em face das decisões do Tribunal Constitucional e da Corte IDH em LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 181-196.

ao proferi-la não está exercendo a jurisdição estatal, mas praticando crimes de falsidade ideológica, corrupção passiva, concussão e/ou prevaricação. Em qualquer hipótese, não há *sentença* a ser coberta pelo manto da coisa julgada, *mas documento falsificado*, encerrando ato jurídico *inexistente*, que não impede a persecução penal sobre os fatos versados no processo original, desde que comprovada a falsidade (podendo tal circunstância ser declarada tanto na sentença do processo-crime em razão do falso, prescindindo-se do ajuizamento de revisão criminal neste caso diante da inexistência de coisa julgada, quanto, em sua ausência, em revisão criminal para declarar tal circunstância).

5.2. Da coisa julgada fraudulenta (processo viciado por anormalidade institucional, coação ou conluio)

A segunda hipótese, semelhante mas distinta da primeira, é aquela em que a sentença é fruto de processo viciado por situação de anormalidade institucional-constitucional ou decorre de coação ou extorsão praticadas contra magistrados ou membros do Ministério Público ou ainda de fraude ou conluio envolvendo as partes processuais, situações em que não havia a real possibilidade ou intenção de submeter responsáveis por graves violações de direitos humanos à ação da Justiça, sendo os atos processuais deliberadamente dirigidos à extinção da punibilidade, à absolvição ou a beneficiar sua situação jurídica.

Não haverá de se confundir tal hipótese com a formação de *opinio* ministerial favorável aos réus nem de convicção judicial a seu favor, sendo reservada para casos excepcionais em que a sentença seja decorrente da perda da independência judicial ou ministerial decorrente de ruptura institucional ou coação física ou moral às atividades de jurisdição e persecução penal ou em que se constate conluio ou colusão entre réus e membros do MP, tornando viciada a jurisdição pela coação ou fraude.

Uma sentença absolutória advinda de imposição autoritária, de coação, chantagem ou fraude, ao menos em se tratando de grave violação de direitos humanos não produzirá efeitos absolutos de coisa julgada imutável, podendo ser rescindida ainda que em detrimento dos acusados, diante da clara jurisprudência da Corte IDH a respeito exigindo sua superação, em obediência à norma convencional, bem como da inexistência de óbice constitucional. O mesmo com relação à sentença que decorra de veredito do Tribunal do Júri que padeça de tais vícios ou na qual o magistrado tenha sido induzido a erro por manifestação ministerial que padecesse destes vícios (coação ou colusão). Parece razoável afirmar que a garantia constitucional da coisa julgada não abrange (ao menos não de forma absoluta) decisões que padeçam de vícios extrínsecos ao processo que diretamente condicionem ou turvem a prestação jurisdicional. Aqui, a sentença não é decisão jurídica livre, de magistrado imparcial e independente, no âmbito do devido processo legal e do Estado de Direito, mas fruto de violência, coação ou fraude.

Como corolário, em se tratando de graves violações de direitos humanos, diante da clara jurisprudência da Corte IDH exigindo sua superação em obediência à norma

convencional sempre que não houvesse real possibilidade ou intenção de submeter os responsáveis à ação da Justiça (por anormalidade institucional, coação ou fraude/colusão), poderá a coisa julgada ser rescindida ainda que em detrimento dos acusados nestes casos. Cabível, nestas hipóteses, pois, o ajuizamento de revisão criminal *pro societate*, diante dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH, da jurisprudência interamericana e da inexistência de óbice constitucional.

5.3. Da atestada falsidade de prova fundamental (art. 621, II, do CPP n/f arts. 1º, 8º e 25 CADH)

Por fim, uma sentença absolutória decorrente de erro ao qual foi deliberadamente induzido o Juízo ou o órgão ministerial tampouco nos parece abrangida dentro do conceito *constitucionalmente* protegido de coisa julgada, sendo passível de revisão, ao menos quando se tratar de grave violação de direitos humanos.

Pense-se em sentença ancorada fundamentalmente em prova cuja falsidade material ou ideológica seja supervenientemente demonstrada, como no caso de perícias e laudos falsificados ou adulterados e de testemunha corrompida ou coagida. Aqui seria possível a rescisão da coisa julgada através de ação própria, com natureza de revisão criminal *pro societate*, interpretando-se o art. 621, II, do CPP à luz da CADH, demonstrando-se a falsidade da prova pericial, documental ou testemunhal no qual se fundou a sentença favorável ao réu transitada em julgado. Tal demanda exigiria justa causa (elementos suficientes que indiquem a falsidade da prova essencial), apurada em feito próprio ou a ser demonstrada na própria revisão criminal, vedada em qualquer caso a mera reavaliação probatória na ausência de fato novo a demonstrar a falsidade da prova essencial na qual se fundou a sentença. Não seria permissível, pois, a eterna rediscussão do mérito de depoimentos ou documentos na ausência de novos elementos de convicção que demonstrem falsificação de laudos e coação ou corrupção de peritos, testemunhas e informantes, mas uma vez constatada a falsidade material ou ideológica de prova essencial no qual se fundou a sentença absolutória, permitir-se-ia sua revisão *pro societate*, em caso de grave violações de direitos humanos.

Nas três hipóteses ora propostas há irregularidades de tal gravidade que a atividade jurisdicional que resultou na sentença transitada em julgado ou era inexistente ou foi fruto de coação, fraude ou indução dolosa a erro, não integrando o conteúdo constitucional essencial da garantia da coisa julgada. Indaga-se: seria mesmo absurdo, ou inconstitucional, superar ou rescindir uma absolvição comprovadamente fundada em corrupção de magistrado ou membro do Ministério Público, em coação institucional ou pessoal contra magistrados e promotores, em conluio entre as partes, em laudo falsificado ou emitido por perito corrompido ou coagido ou em testemunhos coagidos ou corrompidos, permitindo-se a impunidade de graves violações de direitos humanos cujos autores ainda tenham sido beneficiados por tais expedientes escusos? A resposta

há de ser negativa, permitindo-se, nestes casos, a superação da coisa julgada absolutória ou favorável ao réu – ao menos em face de graves violações de direitos humanos, diante dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH e da jurisprudência interamericana, que dispõem de eficácia supralegal e são aptos a informar e moldar a interpretação e aplicação das normas processuais relativas à revisão criminal.

6. Da legitimidade do MP para propor revisão criminal *pro societate*. Da soberania do Tribunal do Júri

Por outro lado, enquanto nas hipóteses do item 5.1 (sentenças inexistentes) poder-se-ia mesmo prescindir da revisão criminal diante da inexistência de ato materialmente judicante, nas demais hipóteses não parece atender à ampla defesa e ao devido processo legal a simples *desconsideração* da coisa julgada. Assim, nas hipóteses elencadas nos itens 5.2 (coação e colusão/fraude) e 5.3 (indução a erro decorrente de prova essencial falsa) seria necessária a sua *desconstituição judicial*, através do manejo de revisão criminal *pro societate*, de ordem a se conciliar os direitos individuais dos réus com os mandados de criminalização oriundos da CADH (isto é, as obrigações positivas de tutela penal dos direitos humanos ali assegurados). Dessa forma, ainda que a CADH (conforme interpretada pela Corte IDH) determine hipóteses de *superação* da coisa julgada e que isto, nos casos excepcionais indicados, se faça compatível com a CRFB, faz-se necessária a sua *desconstituição* por meio de provimento judicial em processo próprio onde se assegure o devido processo legal e a ampla defesa. Tal ação, cujo pedido seria a declaração da invalidade da coisa julgada, consubstanciar-se-ia materialmente em uma revisão criminal, exigida pela jurisprudência interamericana diante de graves violações de direitos humanos e, nos limites propostos, compatível com a CRFB.

Não obstante a falta de regulamentação processual acerca da legitimidade ativa de tal demanda revisional da coisa julgada favorável ao réu, uma vez admitida esta *revisão criminal pro societate*, faz-se inafastável a legitimidade ministerial (eis que *dominus litis* da ação penal e defensor da ordem jurídica e do regime democrático *cf.* art. 127 e art. 129, I, da CRFB). Por outro lado, não parece incidir à espécie a possibilidade de ação penal privada subsidiária da pública, na medida em que já exercida a persecução penal pública, não havendo se falar em inércia do Ministério Público, sem prejuízo de que possam a vítima, seus familiares ou qualquer pessoa ou ente provocar a atuação ministerial, remetendo subsídios que demonstrem a ocorrência de falsidade, coação, fraude ou erro sobre os magistrados, membros do MP, peritos, testemunhas e informantes e o nexos causal com a sentença benéfica ao réu que se pretenda rescindir. A restrição da legitimidade ativa ao *Parquet* contribui, ainda, para que se evite a banalização do instituto, evitando-se riscos desnecessários à segurança jurídica e corrosão do *ne bis in idem*.³⁸

³⁸ No mesmo sentido, não se permite tal revisão às vítimas e sucessores no ordenamento colombiano, de ordem a se evitar impor aos acusados absolvidos o risco de demandas revisionais temerárias. V. APONTE, Alejandro.

Por fim, como já defendia Dr. Sergio Demoro, sempre que a sentença absolutória viciada decorrer de veredito do Tribunal do Júri, defende-se seja operado apenas o juízo rescindente, permitindo-se a resolução do mérito da questão pelos jurados, diante da soberania constitucional de seus vereditos.

7. Conclusões

Concorda-se integralmente com as posições de Dr. Demoro no que tange à revisão criminal prevista no CPP: o ônus da prova na ação revisional incumbe a seu autor, é reconhecida a legitimidade do Ministério Público para sua propositura, não pode o Estado ser condenado a indenizar o erro judiciário sem que seja chamado a integrar a demanda e a cognição do juízo revisional em sede de decisões provenientes do Tribunal do Júri deve se limitar à rescisão do julgado, determinando-se novo julgamento, diante da soberania do Tribunal do Júri.

Por outro lado, diante da adesão do país à CADH, de sua superveniente submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH, da necessidade de controle de convencionalidade das normas internas e da consolidação da jurisprudência interamericana no sentido de que a coisa julgada *não pode* constituir óbice a novo julgamento de graves violações de direitos humanos (conceito que abrange mas não se confunde com o de crimes contra a humanidade), torna-se possível o manejo de revisão criminal *pro societate*.

Todavia, a superação da coisa julgada *pro societate* não pode ocorrer da forma ampla preconizada pela Corte IDH (isto é, sempre que seja fruto de *processo que não seguiu os standards interamericanos* de investigação, persecução, imparcialidade judicial e produção e análise da prova, ou ainda sempre que apareçam novas provas), na medida em que a coisa julgada é garantia constitucional, que não pode ser esvaziada de seu conteúdo essencial pela norma legal ou convencional. Assim, nas hipóteses ordinárias de vícios internos da decisão transitada em julgado (como contrariedade à lei ou à CADH ou surgimento de novas provas a indicar a injustiça da absolvição), defende-se que a normativa interamericana *não* teria o condão de permitir a superação da coisa julgada absolutória, diante do óbice constitucional, normativamente superior.

Contudo, se a sentença for fruto de falsidade material ou ideológica ou se a jurisdição tiver sido viciada por coação, fraude, conluio ou indução dolosa a erro por falsidade de prova essencial, permitir-se-ia a superação da coisa julgada absolutória fraudulenta, ao menos em se tratando de grave violação de direitos humanos, diante da normativa interamericana (arts. 1.1, 8.1 e 25 da CADH, conforme interpretados pela

Sistema Interamericano y derecho público interno: ampliación de los efectos de la acción de revisión en el caso de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (Edits). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* - Tomo III. Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013.

CADH). Nestes casos, a garantia constitucional da coisa julgada não seria incidente, eis que a jurisdição originária não era livre (mas fruto de vício extrínseco ou mesmo de falso), sendo compatível com a Constituição a aplicação da jurisprudência interamericana que exige a superação da coisa julgada na hipótese de graves violações de direitos humanos, em decorrência das obrigações positivas em matéria penal, ou mandados implícitos de criminalização de origem internacional.

Por sua vez, o conceito de graves violações de direitos humanos na jurisprudência da Corte Interamericana não se confunde com o de crimes de lesa humanidade, por prescindir do elemento contextual de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, abrangendo atos como execuções sumárias, chacinas, tortura, trabalho escravo, crimes sexuais e desaparecimentos forçados, praticados por agentes públicos ou privados cuja ação houver sido possibilitada pela tolerância, conivência ou incapacidade de prevenção pelo Estado.

Dessa forma, nestes casos e havendo comprovação da ocorrência de falsidade (a tornar inexistente a coisa julgada) ou de coação, fraude, conluio ou indução dolosa a erro, tornando viciada a jurisdição originária, seria possível a propositura de revisão criminal *pro societate*. Aqui haveria plena incidência da normativa convencional que assegura proteção judicial efetiva contra atos que violem direitos humanos (art. 25 da CADH, a exigir a persecução de graves violações de direitos humanos), que deve nortear a interpretação e aplicação das normas relativas à revisão criminal.

Em suma, diante de vícios extrínsecos de tal gravidade que tornem inexistente ou fraudulenta a coisa julgada absolutória, excepcionalmente será possível o manejo de demanda revisional em caráter *pro societate* com fulcro nos arts. 1.1, 8.1 e 25 da CADH, conforme consolidada jurisprudência da Corte IDH.

Por fim, é de se notar que, admitidas estas hipóteses de revisão criminal *pro societate*, continuam se colocando as questões propostas pelo Dr. Demoro, cabendo o ônus da prova – em qualquer caso – a quem promove a revisão, gozando o Ministério Público como *dominus litis* e *custos juris* de legitimidade para sua propositura e não devendo o veredito do Tribunal do Júri ser *reformado* pelo tribunal em sede de revisão criminal, mas apenas rescindido o julgado viciado para determinar a submissão do réu a novo julgamento, diante da soberania constitucional do Tribunal do Júri.

Referências bibliográficas

AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? *In: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* - Tomo II. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Edits). Berlin/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

APONTE, Alejandro. Sistema Interamericano y derecho público interno: ampliación de los efectos de la acción de revisión en el caso de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (Edits). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* - Tomo III. Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013.

BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*: tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elvieser, 2009.

BESTAGNO, Francesco. *Diritti umani e impunità*. Obblighi positivi degli Stati in materia penale. Milano: Vita e pensiero, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DONDÉ MATUTE, Javier. Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* - Tomo II. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSENER, Gisela. Berlín/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FRIEDE, Reis. *Revisão da Lei de Anistia: um contraponto*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2018.

HAMILTON, Sergio Demoro. A revisão criminal – cinco temas provocativos. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 18. Rio de Janeiro: MPERJ, 2003.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman v Uruguay). In: *Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 1, nº 1, jul./set. 2013, p. 180-230.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Controle constitucional da convencionalidade das leis*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

QUEIJO, Maria Elisabeth. *Da revisão criminal: condições da ação*. São Paulo: Malheiros, 1998.

PARRA VERA, Oscar. La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. *In: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 13, nº 1, nov. 2012, p. 5-51.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Nullum crimen sine poena? sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. *In: Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, nº 86-87, 2008, p. 149-172.

ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. Berlín/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

Referências jurisprudenciais interamericanas

ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE. *Sentença de mérito e reparações de 26.09.2006*, Série C, nº 154.

A ÚLTIMA TENTATIVA DE CRISTO VS. CHILE. *Sentença de mérito e reparações de 05.02.2001*. Série C, nº 73.

BLAKE VS. GUATEMALA. *Sentença de Mérito, de 24.01.1998*. *Sentença Série C*, nº 75.

BUENO ALVES VS. ARGENTINA. *Sentença de mérito de 11.05.2007*. Série C, nº 164.

BULACIO VS. ARGENTINA. *Sentença de mérito e reparações de 18.09.2003*. Série C, nº 100.

CARPIO NICOLLE Y OTROS VS. GUATEMALA. *Sentença de mérito e reparações de 22.11.2004*. Série C nº 117.

CHUMBIPUMA AGUIRRE Y OTROS (BARRIOS ALTOS) VS. PERU. *Sentença de mérito de 14.03.2001*. Série C, nº 75.

FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL. *Sentença de mérito e reparações de 20.10.2016*, Série C, nº 318.

GARIBALDI VS. BRASIL. *Sentença de preliminares e mérito de 23.09.2009* (Série C, nº 203).

GELMAN VS. URUGUAI. *Julgamento em 24.02.2011* (série C, nº 221).

GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL. *Sentença de preliminares, mérito e reparações, de 24.11.2010*. Série C, nº 219.

HERZOG E OUTROS VS. BRASIL. *Sentença de preliminares e mérito de 15.03.2018*. Série C nº 353.

GONZÁLES Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO. *Na sentença de preliminar, mérito e reparações de 16.11.2009* (série C, nº 205).

GUTIÉRREZ SOLER VS. COLOMBIA. *Sentença de mérito de 12.09.2005*, série C, nº 132

GUTIÉRREZ Y FAMÍLIA VS. ARGENTINA. *Sentença de mérito de 25.11.2013*. Série C, nº 271

MASSACRE DE LA ROCHELA VS. COLÔMBIA. *Sentença de mérito e reparações de 11.05.2007*. Série C, nº 163.

MASSACRE DE MAPIRIPÁN VS. COLOMBIA. *Sentença de mérito em 15.09.2005*, série C, nº 134.

MASSACRE DE PUEBLO BELLO VS. COLOMBIA. *Sentença de 31.01.2006*, série C nº 140.

MASSACRES DE ITUANGO VS. COLOMBIA. *Sentença de mérito de 1º.07.2006*, série C nº 148.

VELASQUEZ-RODRIGUES VS. HONDURAS. *Sentença de mérito de 29.07.1988*. *Sentença Série C, nº 4*.

VILLAGRÁN MORALES Y OTROS (NIÑOS DE LA CALLE) VS. GUATEMALA. *Sentença de mérito de 19.11.1999*. Série C, nº 63.

XIMENES LOPES VS. BRASIL. *Sentença de mérito de 04.07.2006*. Série C, nº 149.

A função instrumental do sigilo no inquérito policial

Caroline Ianhez*

Renee do Ó Souza**

Sumário

Introdução. 1. O sigilo do inquérito policial como instrumento da investigação. 2. Das pessoas atingidas pelo sigilo do inquérito policial. 2.1 Do sigilo ao advogado do investigado. 2.2 Do sigilo à vítima e seus sucessores. 3. Conclusão. Referências.

Introdução

A necessidade de conferir sigilosidade ao inquérito policial é um daqueles temas de direito (processual) penal que desafia o tempo, especialmente porque tomado sob ponto de vistas diferentes que, quase sempre, resulta em perspectivas ambivalentes entre si. De um modo geral, a crítica sobre essa medida é feita sob os fundamentos da desconfiança de que a atividade persecutória não respeita os direitos básicos do investigado, como o direito de defesa, enquanto o apoio ao sigilo é sustentado na necessidade de uma investigação criminal livre da atuação obstativa do investigado ou de terceiros.

Esse embate é bem retratado no artigo intitulado “*A importância do sigilo no inquérito policial*”, de autoria do membro do Ministério Público, Sergio Demoro Hamilton, publicado na primeira edição da Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, em 1975, o que demonstra a percuciência daquelas colocações, bem como a atualidade dos embates colocados pelo articulista.

O presente trabalho busca analisar os principais pontos que ainda justificam a opção legal pela sigilosidade do inquérito policial, tomando como ponto de partida o estudo acima mencionado, sem descuidar das naturais alterações de entendimento doutrinário e legal acerca do tema.

Para compreender o assunto, partiremos de uma análise das características gerais do inquérito policial, capazes de justificar ou não as restrições de acesso, de participação

* Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Católica de Goiás. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás. Membro Auxiliar da Unidade Nacional de Capacitação do Conselho Nacional do Ministério Público. Ex- Delegada de Polícia da Polícia Civil do Distrito Federal.

** Mestre em Direito e Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento no Centro Universitário de Brasília-Uniceub. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso/Fundação Escola Superior do MP do Rio Grande do Sul. Pós-graduado e Especialista em Direito Processual Civil, em Direito Civil, Difusos e Coletivos pela Escola Superior do MP de Mato Grosso/Universidade de Cuiabá. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Membro Auxiliar da Unidade Nacional de Capacitação do Conselho Nacional do Ministério Público.

e de publicidade impostas ao investigado e seu advogado, bem como a eventuais terceiros interessados, notadamente as vítimas, inegavelmente carecedoras de maior atenção do sistema de justiça criminal.

1. O sigilo do inquérito policial como instrumento da investigação

Consagrou-se em nosso país que o inquérito policial é procedimento administrativo investigatório escrito, sigiloso, inquisitivo, regido pelas seguintes características administrativas: discricionariedade, oficialidade, oficiosidade, indisponibilidade, autoritariedade e dispensabilidade.

O amparo constitucional do sigilo, característica central do inquérito policial, está no art. 5º, inciso XXXIII, que dispõe: “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*”.

Naquilo que interessa ao presente estudo, anote-se que o sigilo do inquérito policial está previsto no art. 20 do Código de Processo Penal¹, o qual postula que o sigilo somente é necessário quando for essencial à elucidação do fato ou quando exigido pelo interesse da sociedade. Trata-se de norma que, a um só tempo, (i) investe a autoridade policial no dever de assegurar o sigilo, (ii) anuncia a todos tratar-se de norma cogente, mas (iii) impõe pressupostos para a colocação do sigilo, a saber, quando foi “essencial à elucidação do fato” e ou ao “interesse da sociedade”.

É verdade que a norma aparenta conter certa redundância finalística, já que a existência do inquérito policial é inadvertidamente voltada à elucidação do fato criminoso, observação que não passou despercebida do professor Sergio Demoro Hamilton que, por isso mesmo, protestava: “*A redação poderia ter sido exuta, limitando-se o Código a dizer que o inquérito policial seria sigiloso, fazendo aí, um ponto final*”².

A conclusão é realmente iniludível, mas comporta outra variação, decorrente da abdução causal que indica que o sigilo do inquérito policial existe em função da elucidação do fato, e não o contrário, inferência que indica que o sigilo é atributo instrumental à investigação. Nesta leitura da regra legal, o sigilo deve ser decretado quando essencial à elucidação do fato e para atender interesse da sociedade, mas, a *contrario sensu*, será desnecessário o sigilo quando a elucidação do fato ou o atendimento de interesse da sociedade assim o indicarem.

A opção pela sigilosidade ou não do inquérito policial deve ser aferida, ao cabo, pela Autoridade Policial, agente público que, como presidente das investigações, possui

¹ Art.20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

² HAMILTON, Sergio Demoro. A Importância do sigilo no inquérito policial. *Revista Jurídica do MPRJ*, ed. 1, 1975, p. 28.

inegável poder de decisão e espaço para realizar, caso a caso, o adequado juízo de valor na avaliação dos pressupostos contidos no art. 20 do CPP³, para decretação da medida.

Além do referido artigo do Código de Processo Penal, existem outras normas legais que preveem a necessidade de decretação do sigilo dos autos de inquérito policial, como, por exemplo, no caso de autos de intercepção de comunicações telefônicas, em sistemas de informática e telemática, de acordo com art. 1º da Lei nº 9.296/96, além da Lei nº 12.850/2013, caso em que o sigilo pode ser imposto inclusive com restrição de acesso ao advogado do investigado, conforme art. 23 da citada lei.⁴

A mesma Lei de Combate ao Crime Organizado, em seus artigos 8º e 10º, dispõem que o sigilo de algumas medidas investigatórias é decretado pelo Juiz, após representação da Autoridade Policial, tais como ação controlada e infiltração de agentes policiais.⁵

Na mesma linha, o art. 23, VIII, da Lei de Acesso à Informação classifica como informações sigilosas aquelas cuja divulgação ou acesso irrestrito possam comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

O ponto comum dessas disposições legais centraliza a ideia de que a confidencialidade do inquérito policial visa a impedir a inocuidade da atividade da polícia judiciária. Nesse sentido, ensina o professor Renato Brasileiro de Lima⁶:

Se na própria fase processual é possível a restrição à publicidade, o que dizer, então, quanto aos atos praticados no curso de uma investigação policial? Se o inquérito policial objetiva investigar infrações penais, coletando elementos de informação quanto à autoria e materialidade

³ No CPPM, o sigilo encontra-se previsto no artigo 16, que dispõe sobre o sigilo do inquérito, podendo o advogado do acusado ter conhecimento e tomar apontamentos necessários de informações constantes nos autos.

⁴ Art. 23 da Lei nº 12.850/2013: Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

⁵ Neste sentido o art. 8º da Lei nº 12.850/2013: Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. § 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada. § 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações. Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói/RJ: Impetus, 2013, p.153.

dos delitos, de nada valeria o trabalho da polícia investigativa se não fosse resguardado o sigilo necessário durante o curso de sua realização. Deve-se compreender então que o elemento da surpresa é, na grande maioria dos casos, essencial à própria efetividade das investigações policiais. Preservação desse sigilo nas investigações é destacada pela previsão de tipos penais pertinentes à quebra desse sigilo. A título ilustrativo, podemos citar os crimes de violação de sigilo funcional, previsto no art. 325 do CP, assim como o delito previsto no art. 10 da Lei nº 9.296/96.

Importante destacar, portanto, que a primeira avaliação acerca da necessidade do sigilo, na via administrativa, é feita pela Autoridade Policial, a quem cabe, caso a caso, sopesar os interesses em conflito que gravitam em torno da esfera investigativa. Ao realizar avaliação detida sobre o caso ou sobre quais medidas constantes do inquérito comportam sigilo, a Autoridade Policial deverá pautar sua conduta com base nos princípios da eficiência e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Como se pode verificar, as balizas jurídicas utilizadas para decretar o sigilo do inquérito, pela Autoridade Policial, ao tempo que emprestam algum regramento normativo à decisão, são revestidas de razoável abertura semântica. Assim, trata-se de mais um caso cuja solução jurídica é permeada por valores éticos, típica dinâmica oriunda da cultura pós-positivista, caracterizada, segundo Luís Roberto Barroso, pela aproximação do Direito à filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia.⁷

Na prática, esse regime jurídico de absoluta excepcionalidade impõe ao presidente das investigações maior ônus argumentativo, caso em que a autoridade deve demonstrar, analiticamente, as vantagens e a utilidade constitucional ao proferir decisão no sentido de restringir a publicidade do todo ou de alguns atos do inquérito.

Desta feita, o sigilo, quando decretado no inquérito policial ou quando previsto para alguns atos e medidas investigatórias, nunca há de ser autoritário, vez que a atuação da Autoridade Policial, enquanto agente público, deverá necessariamente ser guiada e pautada por critério jurídicos baseados na avaliação e ponderação dos valores essenciais a serem protegidos no caso concreto, como a intimidade, privacidade, interesse público e sujeição à aplicação da lei penal. Além disso, o sigilo é cabível nos casos em que resguarda a elucidação dos fatos e impede que o suspeito crie obstáculos às investigações, mediante

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2016. p. 346.

atos como ocultação de produtos do crime, intimidação de testemunhas, além de evitar a sua fuga do distrito da culpa.

O poder decisório, de caráter discricionário, conferido à Autoridade Policial, foi bem anotado no artigo tomado como referência em nosso estudo. Com efeito, embora sob o prisma da inquisitorialidade do inquérito policial, afirma Sergio Demoro que o atendimento da diligência requerida pelo indiciado fica ao juízo discricionário da autoridade policial, atividade inconfundível com o arbítrio, como bem adverte o autor⁸.

Alguns exemplos de atos necessariamente sigilosos praticados no decorrer do inquérito policial são as representações por busca e apreensão de coisas, objetos e instrumentos úteis à elucidação do fato pertencentes ao investigado, vítimas e terceiros; representações por prisão temporária e preventiva; interceptações telefônica e telemática; captação, escuta e gravação ambiental; infiltração de agentes policiais; ação controlada; tratativas prévias e preservação dos dados de qualificação do colaborador premiado etc. Trata-se de rol que tem em comum a possível frustração de êxito da diligência caso os interessados saibam, prévia ou concomitantemente, de sua realização pela atividade persecutória.

Observa-se dos exemplos acima citados uma relação eminentemente utilitarista entre o sigilo e a realização de determinadas diligências, razão pela qual é possível identificar situações em que o sigilo deva ser decretado independentemente dessa relação consequencial ou, ainda, em casos em que o segredo é descabido porque sua quebra não coloca em risco nenhuma diligência investigatória, hipóteses que ficam mais claras quando se examinam seus efeitos endógenos e exógenos, o que será feito na seção seguinte, que cuidará especificamente das pessoas atingidas pela medida⁹.

2. Das pessoas atingidas pelo sigilo do inquérito policial

Identificadas as situações que justificam a decretação do segredo do inquérito policial, resta-nos examinar as pessoas atingidas pela medida, ponto crucial para compreender a evolução acerca do assunto nos últimos quarenta anos.

Em uma perspectiva *externa e gera* (efeito exógeno), verifica-se que os atos desenvolvidos na investigação somente são acessíveis aos sujeitos do procedimento, o que implica limitação de acesso do material e dos elementos recolhidos à coletividade. O acesso ao conteúdo é restrito, ante a necessidade de evitar o desaparecimento ou tergiversação de provas, mas também com o propósito de resguardar a intimidade, honra e imagem do investigado e, por vezes, da própria vítima.

Ao lado dessa espécie, é possível vislumbrar o chamado efeito endógeno ou *segredo interno*, caracterizado pela proibição de acesso ao inquérito policial, dirigida aos sujeitos

⁸ HAMILTON, Sergio Demoro. A Importância do sigilo no inquérito policial. *Revista Jurídica do MPRJ*, 1ª ed., 1975, p. 30.

⁹ Não custa lembrar, também, que o sigilo é inoponível ao Ministério Público, tendo em conta o disposto no artigo 26, §2º, da Lei nº 8.625/93 e 8º, §2º, da LC nº 75/93.

do procedimento. O segredo interno será considerado total quando a proibição de acesso atingir não só o sujeito do procedimento, mas também seu advogado, enquanto o segredo interno parcial ocorre quando o acesso aos autos ou a algumas medidas for franqueada ao advogado do interessado. Observe-se, contudo, que o segredo interno no inquérito policial, via de regra, não poderá ser total, diante do disposto no art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/1994.

As expressões “*segredo externo*” e “*segredo interno*” visam a facilitar a compreensão dos efeitos decorrentes do sigilo das investigações policiais, de modo a distinguir situações em que o acesso aos autos é totalmente ou parcialmente vedado, a depender dos atos ou aspectos da investigação e, principalmente, de seus destinatários. Por óbvio, curial ressaltar que embora fundado em motivos eventualmente distintos, o segredo interno implica o segredo externo.

2.1. Do sigilo ao advogado do investigado

Como se pode verificar, os diplomas citados, Código de Processo Penal e Lei nº 8.904/1994, criam regras aparentemente conflitantes, mas, depois de examinadas a partir da simples classificação realizada em segredo interno e segredo externo, podem ser identificadas com âmbito de alcance diferentes.

Assim, o sigilo externo, imposto a terceiros que não fazem parte dos fatos investigados e que não possuem qualquer tipo de relação, deve ser regido pela regra do art. 20 do CPP, enquanto o sigilo interno, que atinge os sujeitos do fato, sejam eles o investigado, seu advogado e vítimas, deve ser regido, via de regra, pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Neste último caso surgem as grandes celeumas sobre o tema e que resultou, em fevereiro de 2009, na edição da Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, a qual estabelece 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 verbete resguarda o direito de acesso aos autos para que o investigado trace, desde logo, um legítimo plano de defesa, assegurando o exame dos documentos contidos nos autos do inquérito policial¹⁰. A sutileza redacional do verbete demonstra uma preocupação central: o direito a defesa não significa ter acesso às diligências em andamento ou iminentes.

¹⁰ Exatamente por isso que cabem as providências sugeridas por Nestor Távora: “De todo modo, a prerrogativa não deve ser invocada por advogado que não esteja atuando no interesse de suspeito, investigado ou indiciado. Para prevenir abusos, deve a autoridade policial ou encarregado registrar os acessos aos autos da investigação preliminar pelos advogados, viabilizando o controle e a preservação do sigilo em favor dos direitos do imputado, evitando-se a exposição de sua imagem ou intimidade.” (TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 13ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 138).

Extrai-se da citada Súmula que o investigado e seu advogado somente têm acesso às informações, documentos e medidas realizadas no inquérito policial que estiverem formalmente documentadas nos autos. Em contraposição, portanto, tudo aquilo que não estiver juntado aos autos pode ser mantido em sigilo pela Autoridade Policial, desde que imprescindível ao sucesso das investigações, nos moldes do que dispõe o art. 20 do CPP. No mesmo sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal no HC 88.190-4, de relatoria do Min. Cezar Peluso:

Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob o risco de comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo.

Ao comentar o alcance da Súmula 14 do STF e da prerrogativa disposta no art.7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, Tourinho Filho dispõe que *“Por óbvio deve ser mantido resguardo quanto às investigações em curso ou por fazer. Entendemos até que no caso de uma diligência já realizada, mas atrelada a outra por fazer, ambas devem ficar resguardadas, embora a primeira já esteja documentada nos autos”*.¹¹

A impossibilidade de acesso às diligências em andamento, tais como, autos de uma interceptação telefônica, funda-se nas premissas lançadas na seção anterior, ou seja, de que o sigilo do inquérito visa a resguardar o êxito da investigação e por isso mesmo encontra amparo jurídico, ainda que de forma reduzida, no art. 20 do CPP. Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Não é direito líquido e certo do advogado o acesso irrestrito a autos de Inquérito Policial que esteja sendo conduzido sob sigilo se o segredo das informações é imprescindível para as investigações. O princípio da ampla defesa não se aplica ao Inquérito Policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial. Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado. Recurso desprovido. (STJ. RMS 17691/SC).

E ainda:

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117.

Se, nos processos judiciais ou administrativos sob o regime de segredo de justiça, o próprio Estatuto da Ordem estabelece restrições ao princípio da publicidade (art. 7º, parágrafo 1º) com muito mais razão, elas devem ocorrer na fase apuratória – momento em que se colhem os primeiros elementos a respeito da infração penal. Esse raciocínio é aplicável mormente nos tempos atuais, em que se expande a macrocriminalidade (tráfico ilícito de entorpecentes, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN), delitos praticados por organizações criminosas, lavagem de ativos provenientes de crime etc.). Para combatê-la, o sigilo nas investigações mostra-se vital. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. MS nº. 200104010050545).

Além disso, nem a súmula nem a legislação citada permitem que o investigado possa deduzir postulações defensivas. A natureza inquisitorial do inquérito policial, notabilizada pela ausência de contraditório e principalmente em razão da ausência de imposição de penalidade final no bojo do inquérito, impede que o investigado assumira posição de litigante, razão pela qual as lições de Sergio Demoro Hamilton ecoam até os dias atuais:

Assim, qualquer diligência que o indiciado venha a requerer seja realizada fica ao juízo da autoridade o deferimento ou não da providência. É ato discricionário da autoridade policial atender ou não ao pedido que lhe for formulado (art. 14 do CPP). Da mesma forma, não lhe compete discutir, naquele momento, a respeito da prova colhida ou da conveniência dos atos praticados pela autoridade policial. (...)

Neste sentido preceitua Fernando da Costa Tourinho Filho:

O inquérito policial tem natureza administrativa. São seus caracteres: ser escrito (art. 9º do CPP), sigiloso (art. 20 do CPP) e inquisitivo, já que nele não há o contraditório. É verdade que o inciso LV do art. 5º da CF dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Nem por isso se pode dizer seja o inquérito contraditório. Primeiro, porque no inquérito não há acusado; segundo, porque não é o processo. A expressão processo administrativo tem outro sentido, mesmo porque no inquérito não há litigante (...) Ora, se o inquérito não tem finalidade punitiva, por óbvio não admite o contraditório. (...) O contraditório implica uma série de poderes que

não se encontram, nem podem ser encontrados, no inquérito policial: formular perguntas às testemunhas, arguir a suspeição da Autoridade Policial, ter o direito de requerer diligências que lhe interessem, não podendo sua realização ser mera faculdade da Autoridade Policial, ter o direito de requerer diligências que lhe interessem, não podendo sua realização ser mera faculdade da Autoridade Policial, recorrer dos atos da Autoridade Policial.¹²

E, na mesma toada, Vicente Greco Filho ensina: “*A atividade que se desenvolve no inquérito é administrativa, não se aplicando a ela os princípios da atividade jurisdicional, como o contraditório, a publicidade, as nulidades etc.*”¹³

Neste aspecto, questão controvertida diz respeito sobre a possibilidade de serem omitidos os dados qualificativos de vítimas e testemunhas em face do defensor do acusado, visto que essa providência prejudicaria o exame cruzado e, supostamente, por consequência, o exercício da ampla defesa. O tema deve ser analisado a partir da regra disposta no art. 201, §6º, do CPP, que prevê que adoção de providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, mediante a determinação do sigilo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos, a seu respeito, para evitar sua exposição aos meios de comunicação. Trata-se de disposição que se conjuga ao disposto nos arts. 217 e 792, §1º, ambos do CPP, os quais, por sua vez, encontram amparo no art. 5º, LX, da Constituição Federal. As providências a que se referem os dispositivos visam a proteger a incolumidade física e moral de vítimas e testemunhas e se justificam pela própria função protetiva do *jus puniendi*.

Em situação plenamente possível de ser estendida em favor das vítimas, já decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal que é permitida a omissão do nome de testemunha em peça de denúncia e também no libelo-acusatório, em razão da gravidade dos fatos – no caso, homicídios triplamente qualificados, imputados a agentes do Poder Público responsáveis pela Segurança Pública, tais como policiais e guardas municipais – e da necessidade de se efetivar uma mais adequada proteção das pessoas que atestaram os fatos (RHC nº 89.137, de 20.3.2007, DJU 29.6.2007, Rel. Min. Carlos Ayres Brito). De forma mais específica há precedentes:

MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO. INQUÉRITO POLICIAL. É de ser mantido o sigilo dos atos investigatórios, inclusive em relação aos procuradores, a fim de que seja garantida a integridade

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115/116

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99

das diligências judicialmente autorizadas e preservada as pessoas dos agentes policiais e dos informantes, bem como não prejudicado o andamento das investigações. Ordem denegada. (TJRS. MS nº 70009861527)

2.2. Do sigilo à vítima e seus sucessores

A natureza inquisitiva do inquérito policial decorre também do fato de ele desenvolver-se mais diretamente nos interesses da persecução penal. Todavia, em certa medida, esta visão foi amenizada em razão da chamada “*fase de redescoberta da vítima,*” ou de tutela do ofendido, figura processual que, atualmente, é integrada ativamente nos atos estatais.

Desta feita, Nestor Távora leciona que: “*Os destinatários imediatos ou diretos do inquérito serão o Ministério Público ou o ofendido (e, eventualmente, os sucessores processuais deste). Por outra via, o juiz será, restritamente, destinatário mediato ou indireto.*”¹⁴

Esse atual reposicionamento jurídico da vítima tem implicações sobre a confidencialidade do inquérito policial, tema ainda não contemplado adequadamente na legislação brasileira. A questão a ser desenvolvida refere-se à modulação conciliatória dessa nova onda de revalorização da vítima com o sigilo, interno ou externo, do inquérito policial.

Interessante, de início, mencionar as normas internacionais voltadas à proteção das vítimas de criminalidade, entre diversos direitos das vítimas na fase de investigação, instituíram o direito à informação, inserto, por exemplo, no art. 5º do Estatuto da Vítima da Espanha¹⁵, no art. 11 do Código de Processo Penal Português, alterado pela Lei nº 130/2015¹⁶, e no Estatuto da Vítima transposto na Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

De um modo geral, esses diplomas asseguram às vítimas e familiares informações sobre medidas de assistência e apoio; formas de assessoramento e defesa jurídica; do direito de indenização devido; da ajuda de serviços auxiliares; dos dados da autoridade encarregada da tramitação do procedimento, reembolso de gastos, justiça restaurativa, entre outras.

Digno de registro é o Estatuto da Vítima da Espanha que prevê, em seu art. 11, o direito de participação ativa da vítima durante a fase investigativa, com a possibilidade de o ofendido apontar e indicar à Autoridade Policial fontes e elementos de informação capazes de esclarecer o fato e suas circunstâncias.

¹⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 13ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 128.

¹⁵ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>, acesso em 10/12/2019.

¹⁶ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2394&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=, acesso em 10/12/2019.

É certo que a legislação brasileira contempla, ainda que de forma mitigada, a possibilidade de a vítima ser ouvida e indicar provas durante o inquérito policial. Com efeito, o artigo 6º, IV, do Código de Processo Penal prevê que a Autoridade Policial deverá ouvir o ofendido, oportunidade em que ele fornecerá sua versão dos fatos e indicará elementos de prova que podem auxiliar a elucidação do caso, pretensão sujeita a uma decisão discricionária da autoridade policial, conforme prevê o art.14 do CPP¹⁷.

Neste ponto, parece-nos haver a necessidade de uma reconfiguração legislativa capaz de investir a vítima e seus sucessores em um direito mais incisivo de colaborar com as investigações, inserindo-a na tendência *gerencialista e colaborativa da política criminal* atual, em que o Estado credita ao meio privado mecanismos aptos a evitar, apurar e remediar atos ilícitos de que toma conhecimento, exatamente como já ocorre com os *programas de integridade ou de Compliance*, com as medidas previstas no art. 10 e 11 da Lei de Lavagem de Dinheiro¹⁸ e o *whistleblower*¹⁹.

Neste sentido, anda bem o Projeto de Lei do Senado Federal Brasileiro nº 65/2016²⁰, que em seu artigo 40 preconiza o direito de a vítima ser ouvida na fase de investigação e processo, como modalidade de participação do ofendido no processo penal.

O projeto de lei mencionado foi aparentemente inspirado na Diretiva 2012/29 UE e na Resolução 40/34 da ONU, que versa sobre a Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crimes e Abuso de Poder que dispõe, respectivamente:

Diretiva 2012/29 UE:

Artigo 3º. Audição e apresentação de provas.

Cada Estado-Membro garante à vítima a possibilidade de ser ouvida durante o processo e de fornecer elementos de prova.

Resolução 40/34 da ONU em 29/11/1985:

6. A capacidade do aparelho judiciário e administrativo para responder às necessidades das vítimas deve ser melhorada:

¹⁷ Art.14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

¹⁸ Outra ação que materializa essa tendência gerencialista é bem explicada por Cleber Masson e Vinicius Marçal, conhecida como *neighborhood watch* (“*vigilância da vizinhança*”) que consiste em uma espécie de policiamento comunitário em que os cidadãos responsabilizam-se pela observação cuidadosa e atenta do patrimônio público e privado local, de modo que, identificando condutas ou movimentos pouco usuais àquela área, tem o dever de comunicar os fatos à autoridade policial. (MASSON, Cleber. MARÇAL Vinicius. *Crime organizado*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 158)

¹⁹ Sobre o tema, confira o trabalho de um dos autores deste estudo: SOUZA, Renee do Ó. Projeto de Lei ‘Anticrime’ e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SANCHES, Rogério. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. SOUZA, Renee do Ó. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 447-480.

²⁰ Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-letter/documento?dm=3492417&cts=1567528952622&disposition=inline>, acesso em 10/12/2019.

- a) Informando as vítimas da sua função e das possibilidades de recurso abertas, das datas e da marcha dos processos e da decisão das suas causas, especialmente quando se trate de crimes graves e quando tenham pedido essas informações;
- b) Permitindo que as opiniões e as preocupações das vítimas sejam apresentadas e examinadas nas fases adequadas do processo, quando os seus interesses pessoais estejam em causa, sem prejuízo dos direitos da defesa e no quadro do sistema de justiça penal do país;

O Projeto de Lei do Senado nº 65/2016, que cria o Ato Nacional dos Direitos das Vítimas de Crimes, também chama atenção com as disposições que alteram a redação do artigo 28 do CPP e que também estipulam que a vítima possui direito à informação, direito de ser notificada de decisões levadas a efeito no âmbito do inquérito policial e direito à consulta aos autos de investigação²¹, esta última previsão coincidente com a regra disposta no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil no tocante ao advogado do investigado.

Dada a semelhança das disposições, e aplicado o adágio *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositivo*, entendemos que, doravante, tal qual dispõe a Súmula Vinculante nº 14 do STF antes examinada, deverá ser assegurado em favor das vítimas o direito de manuseio dos atos já documentados e realizados, providência capaz de conservar a discricção necessária para o sucesso de alguma diligência iminente ou em andamento.

No sentido de acomodar o direito de participação da vítima e seus sucessores na persecução penal, de modo a não colocar em risco a elucidação do fato, verifica-se que a ideia desenvolvida na primeira seção deste estudo e no seminal artigo do professor Sergio Demoro, encontra-se inserida na Diretiva 2012/29 UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que ressalta, no item 28, que o direito à informação concedido em favor das vítimas não pode prejudicar o bom andamento da persecução, *in verbis*:

28. Os Estados-Membros não devem ser obrigados a prestar informações caso a divulgação destas possa afetar o bom desenrolar do processo ou prejudicar um determinado processo ou uma determinada pessoa, ou caso considerem que tal é contrário aos seus interesses essenciais em matéria de segurança²².

²¹ Art. 9º. É garantido à vítima, desde o seu primeiro contato com as autoridades e funcionários competentes, o acesso às seguintes informações: (...) XI- as condições em que há direito de ser notificada das decisões proferidas na investigação, no processo penal e na execução penal.

Art. 11. À vítima é assegurada a consulta aos autos da investigação, do processo e da execução penal e a extração de cópias das peças procedimentais e processuais

²² Disponível em http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/LexUriServ_Directiva_PT.pdf, acesso em 10/12/2019.

A diretiva exposta implica a necessidade de manter o sigilo, interno e parcial, da vítima e seus sucessores aos atos investigatórios cujo acesso podem frustrar seu êxito, tais como autos de interceptação telefônica, quebra de dados telefônicos, quebra de sigilo bancário, medidas de ação controlada, utilização de agente infiltrado, entre outras.

3. Conclusão

No presente estudo foram examinadas as disposições referentes ao sigilo do inquérito policial, de modo a identificar a sua matricial função instrumental, a saber, permitir que os atos investigatórios alcancem êxito substancial e possa proteger a imagem do investigado e, por vezes, da própria vítima.

Foi verificada a função principal do segredo processual, que sofre ligeira variação a depender dos seus destinatários, o que nos levou a concluir que a Súmula Vinculante nº 14 do STF sedimenta a interpretação adequada de que a regra jurídica contida no art. 7º, XIV, do EOAB resguarda a necessidade de manter, mesmo em face do advogado do investigado, a sigilosidade das diligências pendentes ou iminentes.

Essas também são as conclusões no tocante a possibilidade de as vítimas e seus familiares tomarem conhecimento do conteúdo de um inquérito policial, previsão que ganha cada vez mais espaço na legislação estrangeira e que se avizinha aqui em nosso país. Assim, tal qual restou consolidado quanto ao advogado do investigado, o acesso aos autos do inquérito policial por vítimas e seus familiares não deve comprometer diligências pendentes ou iminentes.

A depender do ângulo em que o tema do sigilo do inquérito policial é analisado, diferentes conformações jurídicas podem ser verificadas. Se é verdade que nos últimos anos o regime legal da sigilosidade experimentou significativa flexibilidade, sua função instrumental de proteção às investigações mantém-se como valor jurídico que o justifica. Parafraseando a metáfora utilizada pelo professor Sergio Demoro Hamilton no citado artigo que versava a importância do sigilo no inquérito policial, essa regra matricial – *função protetiva das investigações* –, concebida sob os auspícios do interesse público, serve para temperar a compreensão atual de que o caderno investigatório deve ser amplamente acessado, “fazendo lembrar a advertência do juiz britânico ao Capitão Courtney do navio de guerra ‘Bounty’, de sua Majestade, quando observou: ‘a lei está certa, mas há que ser aplicada por cavalheiros’ (Cfr. ‘O Grande Motim’)²³”.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2016.

²³ HAMILTON, Sergio Demoro. A importância do sigilo no inquérito policial. *Revista Jurídica do MPRJ*, 1ª ed., 1975, p. 33.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAMILTON, Sergio Demoro. A Importância do sigilo no inquérito policial. *Revista Jurídica do MPRJ*, 1ª ed., 1975.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói/RJ: Impetus, 2013.

MASSON, Cleber. MARÇAL Vinícius. *Crime organizado*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

SOUZA, Renee do Ó. Projeto de Lei 'Anticrime' e a figura do informante do bem ou *whistleblower*. In: SANCHES, Rogério. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. SOUZA, Renee do Ó. *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Juspodvm, 2019.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 13ª ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2018.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Provas ilícitas¹

Illegal evidence

*Eduardo Cambi**

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito. 3. Aplicação do postulado da proporcionalidade. 4. Provas ilícitas por derivação (“teoria dos frutos da árvore envenenada”). 5. Valoração das provas ilícitas. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo científico pretende discutir, a partir da revisão bibliográfica e jurisprudencial, tópicos centrais da discussão envolvendo a admissibilidade e a valoração das provas ilícitas, incluindo o seu conceito, a possibilidade de aplicação do postulado da proporcionalidade, as provas ilícitas por derivação e a sua valoração judicial.

Abstract

The present scientific article intends to discuss, from the bibliographic and jurisprudential review, central topics of the discussion involving the admissibility and valuation of illicit evidence, including its concept, the possibility of applying the proportionality postulate, the fruit of poisonous tree doctrine and the its judicial valuation.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Proporcionalidade. Provas ilícitas por derivação.

Keywords: *Illegal evidence. Proportionality. Fruit of poisonous tree doctrine.*

¹ O presente texto é a versão revisada e atualizada que se encontra publicada na seguinte obra: CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de direito processual civil completo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019. p. 648-656.

* Pós-doutor pela *Università degli Studi di Pavia* (Itália). Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Promotor de Justiça no Ministério Público do Paraná e Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do MPPR. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR).

1. Introdução

Passadas mais de três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, as questões jurídicas relativas à interpretação e à aplicação do art. 5º, LVI, da CF continuam polêmicas e atuais.

O tema envolve a complexa problemática da colisão de direitos fundamentais e a necessidade de buscar critérios hermenêuticos para a promoção da justiça, exigindo a construção de argumentos doutrinários e jurisprudenciais voltados à efetivação da cidadania e do Estado Democrático de Direito.

O texto procura discutir alguns dos principais tópicos da matéria, começando pelo conceito de provas ilícitas, passando pela questão da aplicação do postulado da proporcionalidade e as provas ilícitas por derivação, para finalizar com o exame da valoração dessas provas. Para tanto, buscou-se realizar a análise da legislação brasileira, à luz da doutrina e da jurisprudência.

2. Conceito

Conforme a dicção do art. 5º, LVI, CF, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” No entanto, apesar da existência desse dispositivo, a proibição das provas ilícitas é uma decorrência implícita do sistema jurídico pátrio, de modo que pode ser deduzida da garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e de princípios gerais do direito (como o da boa-fé, da lealdade e da cooperação processuais).

A vedação das provas ilícitas igualmente encontra respaldo nos limites ético-políticos do instrumento processual. O processo não pode ser compreendido como uma guerra na qual os fins justificam os meios, em que os sujeitos processuais sejam capazes de recorrer às piores atrocidades com o pretexto de se encontrar a verdade.²

A busca da verdade serve como uma garantia para a adequada e efetiva tutela jurisdicional. Dessa forma, a compreensão da admissibilidade das provas ilícitas no processo envolve duas questões que se contrapõem. De um lado, caso todas as provas ilícitas fossem admitidas no processo, haveria uma negação flagrante do direito ao justo processo, já que o direito à prova passaria a ter conotação muito abrangente, acarretando, inclusive, a negação de outros direitos fundamentais. Isso porque o *direito ao justo processo* não tem conotação eminentemente processual, devendo ser compreendido como um conjunto mínimo de *meios* e de *resultados*, para assegurar tanto a efetividade dos instrumentos processuais disponíveis em juízo quanto à obtenção, no final do processo, da tutela jurisdicional adequada aos direitos substanciais.³

² ECHANDÍA, Hernando Devis. Pruebas ilícitas. *Revista de Processo*, vol. 32, out./1983, p. 83; STF, HC 93.050/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 10.06.2008.

³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. In: *Studi in onore di Luigi Montesano*. v. 2. Padova: Cedam, 1997. p. 92.

Por outro lado, a existência de limitações impróprias ao direito à prova poderia significar uma não efetividade dos instrumentos processuais que conferem à parte um tratamento justo (*fair treatment*). Ou, o que seria mais grave, haveria uma completa impotência daquele que se considerasse lesado ou ameaçado de lesão de vir a fazer valer seus direitos em juízo, em razão da impossibilidade de demonstrar a pretensão ou a exceção eventualmente deduzida.⁴

Assim, é imprescindível que haja a didática distinção entre os conceitos de prova ilícita, ilegítima e inconstitucional.

Prova ilícita é aquela que viola regras e princípios de direito substancial. Ofende valores e direitos constitucionais substanciais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a intimidade, a integridade física, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo profissional, de correspondência ou da comunicação telefônica (*v.g.*, documento roubado; violação de sepultura para obtenção de um pedaço do cadáver com o intuito de realização de exame de DNA; infringência do sigilo de correspondência ou de interceptação telefônica; prova obtida mediante tortura ou de maus-tratos; constranger advogado a depor contra o seu cliente ou violar seu escritório com o intuito de se obter provas contrárias a ele).⁵

A *prova ilegítima* é aquela que ocorre no momento da produção da prova, infringindo regras, princípios e garantias de direito processual (*v.g.*, prova obtida mediante mandado judicial, não fundamentado, de quebra do sigilo fiscal ou bancário, bem como interceptação telefônica autorizada por juiz incompetente,⁶ a requisição, feita diretamente aos bancos, de quebra de sigilo bancário, sem autorização judicial⁷ ou, ainda, o laudo assinado por alguém que se faz passar por perito).

Ainda, a *prova inconstitucional* possui conceito mais abrangente. Busca dar *tratamento sancionatório unitário à ilicitude*, independentemente se o vício for de natureza substancial ou formal. Provas inconstitucionais são aquelas que violam direitos e garantias fundamentais, não podendo sequer ser *admitidas* ou *utilizadas* em juízo, independentemente da ilicitude ter se originado dentro ou fora do processo.

Nesse sentido, corretamente prevê o art. 157, *caput*, do CPP (a partir da Lei 11.690/2008) que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a normas constitucionais.”

As provas inadmissíveis são excepcionais e devem estar baseadas ou na alta probabilidade de se obter informações falsas ou no conflito entre o valor da verdade e

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 267.

⁵ Não obstante o art. 190 do NCPC admita a possibilidade de negócios jurídicos processuais, são nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, como as que autorizem o uso indevido de provas ilícitas (cfr. Enunciado 37 da ENFAM).

⁶ STJ, HC 43.741/PR, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª T, j. 28.08.2005, DJU 10.10.2005, p. 405.

⁷ STF, RE 318.136, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª T., j. 12.09.2006, DJ 06.10.2006.

outros valores (como os da pessoa, da segurança jurídica e das instituições).⁸ Na primeira situação, a razão de não se admitir as provas é proteger a verdade material. Já na segunda hipótese, dá-se preferência a outros valores distintos da verdade.

3. Aplicação do postulado da proporcionalidade

A partir do conceito de provas inconstitucionais, é possível construir um método exegético com o objetivo de se evitar uma interpretação literal do art. 5º, LVI, da CF, para se possibilitar uma interpretação sistemática do sistema jurídico.

A compreensão do conceito de prova ilícita decorre de um problema semântico, pois uma prova não pode assumir o caráter de ilicitude e licitude simultaneamente. A expressão *prova ilícita lícita* é uma contradição em termos.⁹ Contudo, o art. 5º, LVI, da CF apenas afirma que são inadmissíveis as provas ilícitas, mas não define, em seu bojo, quais provas se encontrariam nesta condição. Saber se uma prova é lícita ou ilícita é uma questão de interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Logo, o problema não é definir se as provas ilícitas são ou não aceitáveis, mas definir, dentro do sistema jurídico, o que é lícito e o que é ilícito.

Em outras palavras, parte-se da ideia de que o art. 5º, LVI, da CF, mesmo afirmando que a prova ilícita é proibida, não inviabiliza a *reserva imanente de ponderação com os demais direitos fundamentais*.¹⁰ Aliás, o art. 8º do NCPC afirma que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a *proporcionalidade*, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Nesse sentido, a proporcionalidade não se exaure apenas na adequação entre meios e fins, mas se presta como uma fórmula hermenêutica que, reconhecendo que nenhum direito constitucional é absoluto, procura sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais.¹¹

Assim, parte-se do axioma de que a colisão entre direitos fundamentais deve ser resolvida no caso concreto mediante a *técnica da ponderação* que consiste: I) na identificação das regras ou princípios pertinentes; II) na seleção dos fatos relevantes; III) na atribuição geral de pesos, observando-se o postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).¹² Com isso, procura-se evitar a ocorrência de decisões arbitrárias.

⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Igartua Salaverria. Cidade do México: Fontamara, 2008. p. 243.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 350. nota 70.

¹⁰ *Idem*, p. 348-349.

¹¹ FREITAS, Juares. A melhor interpretação constitucional “*versus*” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 329.

¹² ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 158-159, jan./mar. 1999.

Dessa forma, é possível criar uma *convivência harmônica* dos diversos direitos fundamentais, obtendo-se resultados socialmente mais legítimos, uma vez que tais direitos, embora alçados à categoria de fundamentais, não são absolutos.¹³ Não se pode afirmar, por exemplo, que o direito à intimidade deve ser considerado, em abstrato, mais importante que o direito fundamental à segurança (CF, art. 6º). Por consequência, a intimidade e a privacidade de um pediatra pedófilo ou de uma babá violenta não estão acima do direito à saúde e à integridade física de uma criança; de igual modo, o sigilo bancário de um agente político suspeito de corrupção não pode estar acima dos princípios da publicidade e da moralidade públicas nas ações de improbidade administrativa.

No processo civil, o uso da prova *prima facie* ilícita pode ser admitido, segundo a lógica da regra da *proporcionalidade em sentido estrito*, conforme as circunstâncias do caso concreto.¹⁴ A ponderação deverá ocorrer entre o direito fundamental objeto de tutela (*v.g.*, a integridade física do bebê) e o direito fundamental violado com a obtenção da prova (*v.g.*, a intimidade da babá agressora).

Ainda, o postulado da proporcionalidade deve possibilitar a utilização da prova ilícita em *casos excepcionais*, quando não há possibilidade de se utilizar outro meio mais idôneo e menos restritivo aos direitos do investigado para a produção daquela prova, já que ignorar tal prova seria consagrar uma decisão injusta.

Por exemplo, deve ser deferida a exumação de cadáver para a realização de exame de DNA em ação investigatória de paternidade *post mortem* (isto é, o direito à identidade pessoal deve prevalecer em detrimento ao direito à preservação do cadáver exumado), quando não houver outro meio menos restritivo e igualmente eficiente de se descobrir a paternidade biológica. De igual modo, o sigilo bancário, para se apurar a capacidade econômico-financeira do devedor de alimentos, não deve prevalecer quando o devedor for um profissional liberal ou trabalhador autônomo e a quebra for o único meio de prova ou, senão, a mais relevante, para a exteriorização da riqueza do alimentante.¹⁵

As circunstâncias do caso concreto podem ensejar a ilicitude da prova de modo que determinada repercussão jurídica seja impedida para a viabilidade de outra. Por

¹³ Conforme o Min. Celso de Mello, “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (...)” (STF, MS n. 23.452/RJ, Pleno, j. 16.09.1999, pub. DJe 12.5.2000).

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 351.

¹⁵ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89-90; TJ/RJ, AI 0046098-77.2019.8.19.0000, Rel. Des. Fernando Cerqueira Chagas, 11ª Câmara Cív., j. 23.10.2019, pub. 24.10.2019.

exemplo, o STJ¹⁶ concedeu mandado de segurança para se desentranhar do processo penal gravação armazenada em fita magnética, em que o marido traído interceptou conversa telefônica entre sua mulher e o amante dela, na qual falavam que, enquanto ele estivesse em viagem, ministrariam “Lexotan” para as duas filhas menores, com o escopo de facilitar o relacionamento espúrio. Neste caso concreto, a prova ilícita poderia estar ligada: I) à pretensão punitiva do Estado de punir, penalmente, o crime de tráfico de entorpecente; II) à pretensão do marido de se separar da mulher; III) à pretensão do pai em ficar com a guarda das crianças. Caso fosse admitida a interpretação literal do art. 5º, LVI, da CF, por considerar que o constituinte *prima facie* vedou a utilização da prova ilícita – na hipótese da interceptação telefônica, contrariando o que dispõem os arts. 2º da Lei 9.296/96 e 5º, inc. XII, da CF –, estar-se-ia impedindo a análise de cada uma das situações concretas. Porém, ao se examinar a situação das crianças, negar a utilização da prova ilícita seria desconsiderar o direito fundamental à integridade física e psicológica dos infantes, colocando-se outros direitos protegidos pela prova ilícita (v.g., intimidade e privacidade da esposa e do amante), inclusive, acima do valor constitucional da dignidade da pessoa humana.¹⁷

Ademais, a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando inexistente causa legal de sigilo ou de reserva de conversação, não é considerada prova ilícita (exegese do art. 5º, XII e LVI, da CF).¹⁸ Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já asseverou que “a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro deve ser admitida como prova, em face do princípio da proporcionalidade.”¹⁹ Por exemplo, não fere a garantia do sigilo profissional, sendo admissível como meio de prova a juntada da gravação ou de filmagem entre a psicóloga da vítima e sua mãe, em processo que apura o crime de estupro de vulnerável.²⁰ Admite-se, pois, que tal prova seja usada tanto pela defesa quanto pela acusação (v.g., para demonstrar a solicitação ou o oferecimento de vantagem indevida em casos de corrupção passiva, para evidenciar o crime permanente de extorsão mediante sequestro ou para comprovar estupro de vulnerável).²¹⁻²²

¹⁶ STJ, RMS 5.352/GO, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., DJU 25.11.1996; e *RSTJ*, v. 90, p. 359.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 351.

¹⁸ STF, AI 578858 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., j. 04.08.2009, DJe 162 Divulg 27.08.2009 Public 27.08.2009.

¹⁹ STJ, REsp. 1.113.734/SP, rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. 28.09.2010, pub. DJe 06.12.2010.

²⁰ STJ, REsp 1689365/RR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. 12.12.2017, DJe 18.12.2017.

²¹ STJ, RMS 49.277/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 07.04.2016, DJe 26.04.2016; AgRg no AREsp 754.861/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 04.02.2016, DJe 23.02.2016; REsp 1026605/ES, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., j. 13.05.2014, DJe 13.06.2014; HC 23.891/PA, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 23.09.2003, DJ 28.10.2003, p. 308; RHC 14.041/PA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., j. 20.11.2003, DJ 09.12.2003, p. 296.

²² Entretanto, o Congresso Nacional aprovou, em 11 de dezembro de 2019, o Projeto de Lei nº 6.341/2019 (pacote anticrime) que, dentre outras propostas, acrescenta o artigo 8º-A na Lei 9.296/1996 (que regulamenta a parte final do art. 5º, inc. XII, da CF), incluindo no §8º: “A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria

Por outro lado, entre a condenação de um inocente e o uso da prova ilícita para absolver o acusado, deve prevalecer, como valor maior, a liberdade individual (prova ilícita *pro reo*), baseado no princípio do *favor rei*. Nesse sentido, a Súmula 50 das Mesas de Processo Penal do Departamento de Direito da Universidade de São Paulo (USP) já estabelecia que “podem ser utilizadas, no processo penal, as provas ilicitamente colhidas”, desde que beneficiem a defesa. Além disso, quando a prova (aparentemente ilícita) for colhida pelo próprio acusado, a ilicitude pode ser eliminada por causas legais (isto é, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito) que excluem a ilicitude.²³

Questiona-se, ainda, se, em casos excepcionais, a utilização das provas ilícitas deveria ser admitida, com a aplicação do postulado da proporcionalidade, *pro societate*²⁴ (*v.g.*, para não deixar impunes crimes hediondos, sacrificando-se a intimidade de um *serial killer* ou de um maníaco sexual). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, na Rcl 2040-QO²⁵, autorizou a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, e do fornecimento de cópia integral do prontuário médico de extraditanda presa na Delegacia da Polícia Federal que alegava ter sido vítima de estupro por policiais na carceragem. O STF, ao julgar procedente o pedido, ponderou os bens jurídicos em conflito, tendo optado por proteger a moralidade administrativa, a persecução penal pública, a segurança pública, bem como o direito à honra e à imagem de policiais federais acusados do crime, em detrimento do direito da parturiente à intimidade e à preservação da identidade do pai de seu filho.

Entretanto, a utilização do postulado da proporcionalidade, com o intuito de se admitir o uso da prova “ilícita”, é controversa.²⁶⁻²⁷ Critica-se a adoção desse postulado, porque implicaria em um aumento da subjetividade do juiz, na medida em que a sua aplicação envolve incertezas, como a individualização dos valores em jogo, a definição da ordem (normativa) de prioridades, a definição dos meios empregados e dos fins a serem obtidos, além do risco de, na definição da *fattispecie* singular, as circunstâncias particulares do caso concreto não serem contextualizadas com o sistema jurídico.²⁸

de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação”. Tal dispositivo, embora consagre a possibilidade da prova ser utilizada pela defesa, representa um retrocesso e contraria a orientação dos Tribunais Superiores, já que tal prova também pode ser utilizada pelo Ministério Público para o ajuizamento de ações penais.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 130.

²⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 382-388; HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, vol. 11, 2000, p. 259-260.

²⁵ Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. 21.02.2002, DJ 27.06.2003 pp-00045.

²⁶ STF, HC 103325, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 03.04.2012, Ac. Eletrônico DJe-213, divulg. 29.10.2014, public. 30.10.2014; HC 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 30.10.2001.

²⁷ STJ, RMS 5.352/GO, Rel. Min. Adhemar Maciel, 6ª T., j. 27.05.1996, DJU 25.11.1996, p. 46.227.

²⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 72.

Contudo, os magistrados, por dever de ofício, já são chamados a interpretar as cláusulas gerais (como a função social do contrato e da propriedade, bem como o conceito de boa-fé) e não há como eliminar a subjetividade que é intrínseca ao julgador, porque os fatos são sempre vazios, isto é, são recipientes que tomam a forma da razão e dos sentimentos que os preencherá.²⁹

Assim, o problema não está no aumento dos poderes do juiz, mas na forma como se valoram as provas e motivam as suas decisões. Havendo correto e adequado cumprimento do dever constitucional de motivação, poderá a parte sucumbente recorrer da decisão, fazendo prevalecer a sua argumentação.

4. Provas ilícitas por derivação (“teoria dos frutos da árvore envenenada”)

A ilicitude da prova pode ser originária ou por derivação. Na primeira hipótese, contamina-se imediatamente a prova e, na segunda, a afetação se dá por via indireta.

Assim, *provas ilícitas por derivação*, que decorre da aplicação lógica da regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI), são aquelas, em si mesmas, lícitas, porém sua obtenção é decorrente de atividades consideradas ilícitas. Por exemplo, um agente policial presta depoimento, em juízo, esclarecendo fatos dos quais tomou conhecimento mediante diligência irregular (*v.g.*, mediante interceptação telefônica, sem autorização judicial). O depoimento (meio de prova) é, em si mesmo, lícito, mas a fonte probatória é ilícita.

Por isso, o direito norte-americano (*v.g.*, *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, *Segura vs. United States*, *Nix vs. Willians* e *Murray vs. United States*), com base na garantia constitucional do *due process of law*, vale-se da teoria dos “frutos da árvore envenenada”; isto é, se a fonte probatória é ilícita (envenenada), o meio probatório que serve para se transpor ao processo as informações obtidas ilicitamente não pode ser lícito (sem veneno).

Outro exemplo: negada autorização judicial para a interceptação telefônica, a instalação de escuta não autorizada não permite o deferimento da prova pericial (fonografodocumentoscópica) na voz da pessoa gravada, já que a origem da prova é ilícita e o deferimento da prova pericial ensejaria a nulidade de todos os atos processuais, pela teoria dos frutos da árvore envenenada.³⁰

Ainda outro exemplo: a obtenção de livros contábeis e documentos fiscais, por agentes fazendários e policiais, mediante a violação de escritório de contabilidade sem autorização judicial. Assim, se, a partir dos documentos obtidos ilicitamente, os agentes públicos conseguem obter novas informações que resultem em crimes ou atos de improbidade administrativa, essas informações, por haver nexo de causalidade com

²⁹ TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 76.

³⁰ TST, RR 373.356/1997, DJU 01.03.2002.

a prova obtida ilicitamente, também se contaminam (ilicitude por derivação). Logo, a ilicitude originária afeta a produção das demais provas, a não ser que não exista nexo causal entre a ilicitude e as outras provas produzidas (*v.g.*, por ser a fonte independente).³¹

Cabe assinalar que a CF/88 não se posicionou sobre a questão das provas ilícitas por derivação, deixando para que a doutrina e a jurisprudência, com o auxílio do art. 157 do CPP (a partir da Lei 11.690/2008), busquem a melhor solução para o problema.

As provas ilícitas por derivação merecem censura, sob pena de: a) legitimar-se a máxima do “*male captum, bene retentum*” (mal colhida, mas bem conservada), isto é, retirar da prova o seu caráter ilícito, com a finalidade de punir o infrator, sujeitando-se apenas quem produziu a prova às responsabilidades previstas em lei; b) beneficiar o autor do ato ilícito.³²

Entretanto, tal como ocorre nos Estados Unidos, é preciso estabelecer limites à aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada, observando-se três critérios: da *fonte independente*, da *descoberta inevitável* e da *descontaminação*.

O critério da *fonte independente* versa acerca da hipótese em que a obtenção da prova não está diretamente ligada à ilegalidade praticada, vale dizer, não guarda nenhuma relação de dependência nem decorre da prova originariamente ilícita (*v.g.*, quando o esquema de corrupção está demonstrado por inúmeras testemunhas, por documentos que comprovam transações fraudulentas e não têm relação nenhuma com a interceptação telefônica obtida ilegalmente).³³

Já a *descoberta inevitável* ocorre quando o órgão judicial se convence de que se poderia obter a prova por meio lícito, fazendo, pois, *abstração* da ilegalidade praticada (*v.g.*, quando existem fortes indícios a respeito do esquema de corrupção, que conduziram, inevitavelmente, a descoberta do crime e dos atos de improbidade administrativa); sendo assim, a descoberta advinda da prova ilícita ocorreria mais cedo ou mais tarde.³⁴

Pela teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix vs. Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria aos elementos informativos que vinculariam as pessoas indiciadas ao fato investigado. Tal teoria tem respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu §2º.³⁵

³¹ STF, HC 93.050/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. em 10.06.2008.

³² Neste sentido, já se posicionou o STF, na RTJ 155/508.

³³ STF, HC 156157 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª T., j. 19.11.2018, Acórdão eletrônico DJe 251 Divulg 23.11.2018 Public 26.11.2018.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 277

³⁵ HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 24.04.2012, Acórdão eletrônico DJe 185, Divulg. 19.09.2012, Public. 20.09.2012.

Aplicando-se a teoria da descoberta inevitável, o STF, ao julgar o HC 91.867³⁶, considerou que a interceptação telefônica, autorizada judicialmente, ao abranger o diálogo entre o investigado e o advogado do corréu, não configura prova ilícita por derivação. Não teria havido violação do art. 7º, II, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), que assegura ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de sua correspondência escrita, eletrônica e telemática, desde que relativas à advocacia, pois não estaria assentada na hipótese relação jurídica entre cliente e advogado. Acrescentou que os policiais executores da medida de interceptação telefônica não poderiam proceder a uma espécie de filtragem das escutas telefônicas interceptadas. A impossibilidade desse filtro funcionaria como garantia do cidadão, ao retirar da esfera de arbítrio da polícia o poder de escolher o que é ou não conveniente para ser interceptado e gravado. Tal valoração e eventual exclusão são atividades que competem ao magistrado a quem a prova é dirigida. Com efeito, com base no postulado da proporcionalidade, as regras de exclusão da prova devem ser mitigadas para proporcionar interpretação razoável às normas penais e processuais penais, já que o alargamento da regra constitucional da vedação das provas ilícitas (CF, art. 5º, inc. LVI) produziria um quadro de impunidade pelo simples fato do conhecimento inicial da infração ter-se dado por meios ilícitos³⁷.

Atente-se, ainda, que são admissíveis as provas fortuitamente obtidas, isto é, as provas casualmente descobertas. Trata-se da aplicação da teoria da *serendipidade*, termo utilizado para explicar o encontro de algo que não se estava procurando. Tal conhecimento fortuito pode ser *objetivo*, quando se refere à descoberta de um crime ou de um ato ilícito fora do que se esperava com a medida judicial autorizada (*v.g.*, interceptação telefônica, busca e apreensão ou quebra do sigilo fiscal ou bancário), cometido pelo mesmo sujeito investigado, mas também pode ser *subjetivo*, quando aparecem indícios da prática de delitos ou ilícitos realizados por pessoas diversas daquelas que estão sendo investigadas.³⁸ Ademais, a serendipidade pode ser de *primeiro grau*, quando há conexão ou continência entre os fatos descobertos e o objeto da medida judicial autorizada, ou de *segundo grau*, quando isso não ocorre, o que torna possível a apuração de crimes ou atos ilícitos que não eram objeto da investigação originária,³⁹ ainda que não se cumpram os requisitos

³⁶ Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 24.04.2012, Acórdão eletrônico DJe 185, Divulg. 19.09.2012, Public. 20.09.2012.

³⁷ No mesmo sentido, conferir: STJ, HC 148.178/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 19.11.2013, DJe 05.12.2013.

³⁸ FREITAS, Thainá Almeida de. A serendipidade nas interceptações telefônicas e a admissibilidade processual das provas fortuitamente obtidas: a gênese da Operação Lava Jato. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, vol. 160, out./2019, p. 182.

³⁹ STF, HC 167550 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1º Tl, j. 23.08.2019, Acórdão eletrônico DJe 191 Divulg 02.09.2019 Public 03.09.2019, Pet 7794, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 30.10.2018, Acórdão eletrônico DJe 238 Divulg 08.11.2018 Public 09.11.2018, HC 137438 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 26.05.2017, Acórdão Eletrônico DJe 133 Divulg 19.06.2017 Public 20.06.2017; HC 106152, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª T., j. 29.03.2016, Acórdão Eletrônico DJe 106 Divulg 23.05.2016 Public 24.05.2016.

autorizadores da medida probatória (*v.g.*, art. 2º da Lei 9.296/96), desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova.⁴⁰

Por fim, pelo critério da *descontaminação*, ainda que a prova tenha sido obtida por meio ilícito, o vício pode ser convalidado, mediante acontecimento posterior que elimine qualquer efeito da prova ilícita sobre a formação da convicção judicial (*v.g.*, quando ocorre a confissão espontânea da parte, cujo comportamento está sendo investigado). Em outras palavras, permanecem válidas as provas lícitas não decorrentes da prova ilícita ou que advenham de fontes autônomas.⁴¹

Pelo Enunciado 301 do FPPC, aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§ 1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal, afastando a ilicitude da prova.

5. Valoração das provas ilícitas

As provas inadmissíveis devem ser desentranhadas dos autos, devendo ser inutilizadas e podendo as partes acompanhar o incidente para a sua destruição (CPP, art. 157, §3º).

As provas obtidas por meios ilícitos são *inadmissíveis* (CF, art. 5º, LVI), mas se, por equívoco ou porque no momento do juízo de admissibilidade a ilicitude ainda não era evidente, adentraram ou foram produzidas no curso do processo, não devem integrar a *esfera do convencimento do juiz*. Isso porque não podem ser valoradas, na medida em que não possuem *eficácia probatória*, sob pena de gerar a *nulidade* da decisão.

Por exemplo, se o órgão judiciário sabe que a prova foi criada ilicitamente (*v.g.*, áudio resultante de interceptação telefônica sem autorização judicial), deve recusar imediatamente a sua juntada aos autos ou, se perceber a ilicitude posteriormente, deve determinar o seu desentranhamento dos autos, além de não poder se valer das informações obtidas ilicitamente.

Pelo art. 157, §3º, do CPP, preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, ela será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. Trata-se de providência infeliz, sendo mais razoável o arquivamento sigiloso em cartório para se possibilitar o processamento criminal daquele que obteve a prova ilícita por tortura, interceptação telefônica ilegal, violação de domicílio etc.

Todavia, é necessário acrescentar que talvez não seja bastante afirmar que a prova ilícita não integra o convencimento judicial, não podendo ser valorada e devendo ser declarada nula. Afinal, depois que o juiz entra em contato com a prova ilícita, pode

⁴⁰ STJ, RHC 117.113/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 26.11.2019, DJe 05.12.2019; HC 366.070/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 08.11.2018, DJe 23.11.2018.

⁴¹ STF, Ext 1486, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª T., j. 15.08.2017, Ac. Eletrônico DJe-190 Divulg 25.08.2017 public 28.08.2017; RHC 121496, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª T., j. 24.11.2015, Processo Eletrônico DJe-252 Divulg 15.12.2015, public 16.12.2015.

restar comprometida a sua *imparcialidade*, uma vez que o simples conhecimento dessa prova já possa ser capaz de vincular psicologicamente o julgador, ainda que não se valha dela, racional ou expressamente, para formar a sua convicção. Por exemplo, seria possível que o juiz, sob o pretexto de ter valorado conjuntamente as provas, viesse a obter, como resposta para o julgamento da causa, o que veio a tomar conhecimento somente na ocasião do contato com a prova ilícita. Portanto, seria uma espécie de *acrobacia lógica*⁴² sustentar que essa prova não tenha tido o condão de influir no convencimento do juiz. Sendo assim, o controle da motivação da decisão, pela via recursal, poderia mostrar-se insuficiente para que se impugnassem os verdadeiros motivos pelos quais o levaram a decidir a causa.⁴³

Por conseguinte, com o intuito de se buscar julgamentos imparciais, é defensável o ponto de vista daqueles que consideram haver, nesse caso, uma hipótese de suspeição do juiz, devendo a prova ilícita ser desentranhada dos autos e o processo, enviado a outro magistrado.⁴⁴ Embora o art. 145 do NCPC não contemple, expressamente, essa situação como ensejadora da suspeição de parcialidade do juiz, é possível que, com base no §1º desse dispositivo, ele se dê por suspeito por motivo íntimo.

Entretanto, enquadrada a questão nessa regra jurídica, o afastamento do juiz torna-se muito mais uma *faculdade* que um *dever*. Com efeito, essa não é a melhor forma de resolver o problema, que, para não gerar maiores controvérsias, reclamaria uma solução *de lege ferenda*. A Resolução 82, de 09.06.2009, do CNJ, procurou, de alguma forma, regulamentar o disposto no art. 135, parágrafo único, do CPC-73 (correspondente ao art. 145, §1º, do NCPC), afirmando que, no caso de suspeição por foro íntimo, o magistrado de primeiro grau teria que enviar ofício reservado para a Corregedoria local ou outro órgão designado por seu Tribunal, e o de segundo grau, para o CNJ, expondo as razões que o levaram a se dar por suspeito. Tal exigência foi objeto da ADI 4.260, ajuizada pela AMB, ANAMATRA e AJUFE. Contudo, essa ação foi extinta sem julgamento de mérito, em razão da perda superveniente de objeto, já que a referida Resolução foi revogada pelo CNJ.

Por outro lado, há de se tomar o cuidado para não se banalizar nem simplificar essa questão, para se evitar que a própria parte apresente uma prova pré-constituída ilícita com o objetivo exclusivo de gerar a suspeição do juiz, retirando-o da causa. Se isso fosse permitido, estar-se-ia premiando a má-fé processual, podendo o litigante ser

⁴² Expressão de *Eb Schimidt (Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten*. Neue Juristische Wochenschrift, 1968. p. 1.218), citada por Joan Picó i Junoy. (*El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1996. p. 347.

⁴³ CORDERO, Franco. Il procedimento probatorio. In: *Tre studi sulle prove penali*. Milão: Giuffrè, 1963. p. 120-121. nota 347.

⁴⁴ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milão: Giuffrè, 1974. p. 633-634; MELENDO, Santiago Sentís. Aquisición de la prueba. In: *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978. p. 229; JUNOY, Joan Picó i. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Cit. p. 347-349.

beneficiado pela sua própria torpeza, em prejuízo da necessária salvaguarda da autoridade da qual o magistrado precisa para poder julgar a controvérsia.

Aliás, por força da Lei 11.690/2008, essa questão foi discutida pelo Congresso Nacional, porque o art. 157 do CPP previa, em seu §4º, a seguinte redação: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” O dispositivo foi, contudo, vetado pelo Presidente Lula, sob a alegação de que poderia causar “transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente, substituído por outro que nem sequer conhece o caso.”⁴⁵

O NCPC resolve tal questão no art. 145, §2º, I, ao afirmar que será ilegítima a alegação de suspeição quando houver sido provocada por quem a alega.

Outra questão importante, para impedir que provas sejam invalidadas, é a preservação da *cadeia de custódia*,⁴⁶ isto é, a conservação e a manutenção da integridade das fontes de prova (*v.g.*, a documentação histórica da coleta da evidência/vestigio, seu transporte, recebimento, análise, armazenamento até a completa destruição das amostras).⁴⁷ O STJ, por exemplo, considerou ilícita a prova por ter havido falhas na preservação e alteração dos arquivos constantes da mídia apreendida, entre o momento da sua captação e a realização da perícia.⁴⁸ Por outro lado, o STF já decidiu que, havendo elementos probatórios que permitam a reconstrução histórica dos fatos em que se baseia a ação judicial, não se caracteriza a quebra da cadeia de custódia probatória.⁴⁹

6. Conclusão

O tema das provas ilícitas é um dos assuntos mais fascinantes e complexos da Teoria Geral da Prova, porque envolve a colisão de direitos fundamentais e exige do intérprete a construção de argumentos sistêmicos para a solução dos casos concretos.

⁴⁵ O Congresso Nacional, todavia, ao aprovar, em 11 de dezembro de 2019, o Projeto de Lei nº 6.341/2019 (pacote anticrime), acrescentou ao artigo 157 do Código de Processo Penal o § 5º, com a seguinte redação (idêntica a anteriormente vetada pelo Presidente Lula): “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

⁴⁶ Em caso envolvendo interceptação telemática e sistema de investigação de movimentação bancária, o STF afirmou: “Os modelos de transmissão de dados e a gestão das informações, para além de implicar a comunhão da prova, almejam assegurar vantagens processuais atinentes aos interesses de todas as partes, como a possibilidade de padronização das informações, análises e cruzamento instantâneo de dados, maior celeridade no seu compartilhamento, com garantia de especial segurança no trânsito das informações na cadeia de custódia das provas” (Inq 4112, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª T., j. 22.08.2017, Ac. Eletrônico DJe-256 Divulg. 09.11.2017, public. 10.11.2017).

⁴⁷ O Congresso Nacional aprovou, em 11 de dezembro de 2019, o Projeto de Lei nº 6.341/2019 (pacote anticrime) que, dentre outras propostas, regulamenta a cadeia de custódia, nos artigos 158-A e seguintes do Código de Processo Penal. Prevê, no art. 158-A, *caput*: “Considera-se cadeia de custódia 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 seu descarte”.

⁴⁸ STJ, AgRg no REsp 1504377/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 18.05.2017, DJe 08.06.2017.

⁴⁹ STF, Inq 4019 ED, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª T., j.03.05.2016, Ac. Eletrônico DJe-111 Divulg 31.05.2016 publ. 01.06.2016.

Apesar da rigidez do texto constitucional (CF, art. 5º, LVI), próprio de uma Carta Magna surgida como uma resposta ao período de ditadura militar (1964-1988), como não há garantias nem direitos absolutos, a doutrina e a jurisprudência têm procurado desenvolver critérios jurídicos para a melhor interpretação e efetivação da Constituição.

A preocupação com técnicas adequadas de conhecimento dos fatos litigiosos promove o Estado Democrático de Direito, ao colocar a busca pela verdade processual no contexto dos direitos e garantias fundamentais, a fim de dimensionar as possibilidades e os limites exegéticos para a admissibilidade e a valoração das provas ilícitas.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 158-159, jan./mar. 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6ª ed. São Paulo: RT, 2015.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de direito processual civil completo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Claredon Press, 1991.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. In: *Studi in onore di Luigi Montesano*. v. 2. Padova: Cedam, 1997.

CORDERO, Franco. Il procedimento probatorio. In: *Tre studi sulle prove penali*. Milão: Giuffrè, 1963.

ECHANDÍA, Hernando Devis. Pruebas ilícitas. *Revista de Processo*, vol. 32, out./1983.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Thainá Almeida de. A serendipidade nas interceptações telefônicas e a admissibilidade processual das provas fortuitamente obtidas: a gênese da Operação Lava Jato. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, vol. 160, out./2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1997.

HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, vol. 11, 2000.

JUNOY, Joan Picó i. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1996.

MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

_____, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

MELENDO, Santiago Sentís. Aquisición de la prueba. *In: La prueba*. Los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: EJE, 1978.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milão: Giuffrè, 1974.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Igartua Salaverria. Cidade do México: Fontamara, 2008.

Reflexos da falta de atribuição do Ministério Público: as origens do Princípio do Promotor Natural

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. Os alicerces remotos do princípio do promotor natural na doutrina de Sergio Demoro Hamilton. 3. A sedimentação teórica do princípio do promotor natural. 4. A aparente vaga de refluxo do princípio do promotor natural. Epílogo.

1. Aspectos introdutórios

A evolução do conhecimento humano tende a apresentar certa uniformidade estrutural. O *acquis* sociocientífico do presente é o resultado de uma lenta evolução da espécie humana, que principiou com descobertas revolucionárias, a exemplo do fogo, e avançou com sofisticados níveis de inventividade, alguns deles decisivos para o desenvolvimento da humanidade, a exemplo da invenção da roda, possivelmente na Mesopotâmia, há 6000 anos. Apesar da importância de suas feições originais, as discussões contemporâneas avançam nos desdobramentos dessas descobertas e invenções, daí surgindo contínuos processos de construção do conhecimento, direcionados à realização de novas descobertas e invenções.

Na medida em que esses processos se sucedem, o adquirido sociocientífico ganha corpo. A cada momento de evolução da humanidade, tem-se um novo *acquis*. Quanto maior o período de análise, menor impacto é produzido pelo *conhecimento* existente em um passado distante. Afinal, trata-se de um adquirido esmirrado, certamente raquítico se comparado ao atual. Esse ciclo, que possibilita a contínua evolução do conhecimento, de modo que as gerações do presente aperfeiçoem o legado oferecido pelas gerações do passado, tende a diminuir, não raro a apagar, a nossa lembrança a respeito dos autores desse legado.

O construtor, ao se deparar com as sutilezas de um refinado arremate, certamente não terá a sua atenção direcionada à robustez do alicerce da construção que está prestes a

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

findar. Mas o que não pode passar despercebido é que sem alicerce não haveria construção e muito menos arremate. Sensíveis a essa constatação, desenvolveremos algumas reflexões a respeito do princípio do promotor natural, com os olhos voltados ao texto de Sergio Demoro Hamilton intitulado “Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal”, publicado há quarenta anos¹ e que contribuiu para traçar os alicerces estruturais desse instituto.

2. Os alicerces remotos do princípio do promotor natural na doutrina de Sergio Demoro Hamilton

No referido artigo, Sergio Demoro Hamilton inicia suas reflexões observando o reconhecimento, pela doutrina, da figura do “juiz legal”, também conhecido, em sua expressão mais corrente, como “juiz natural”, ambas indicativas do juiz competente para julgar determinado feito. Avança realçando a importância dessa figura como corolário lógico da necessária divisão de trabalho entre os órgãos incumbidos do exercício da jurisdição. A partir dessas considerações de ordem propedêutica, questiona: “haverá, em contrapartida, um ‘promotor legal’ para officiar em determinada ação penal?”

Embora alguns poucos teimem em ver o princípio da unidade do Ministério Público como uma espécie de “vale tudo”, sendo incompatível com a especialização de funções e a compartimentação de atribuições, o questionamento pode parecer um pouco óbvio na atualidade. No entanto, certamente não era óbvio há pouco menos de meio século.

O autor prosseguiu em sua análise observando que, diversamente do Poder Judiciário, em que a divisão de competências mereceu ampla disciplina pela ordem jurídica, a atribuição do Ministério Público não foi objeto de detalhamento similar. A consequência é que “muitos autores não meditem, sequer, no assunto, com isso fazendo crer que a intervenção do Ministério Público nos feitos criminais possa efetivar-se de forma indiscriminada e sem qualquer disciplina jurídica”. E antes mesmo de externar as bases teórico-normativas do seu entendimento, sentenciou: “há, sim, um ‘promotor legal’ para cada processo penal: é o promotor com *atribuição* para officiar no feito” (grifado no original).

A atribuição nada mais seria que a “competência administrativa para atuar em determinado procedimento em juízo ou fora dele”. A atribuição, ademais, pode ser *genérica*, alcançando todos os feitos de determinada natureza ou que tramitem em certo juízo, ou especial, indicando a atuação em procedimento específico a partir de designação especial. É possível afirmar que, “*mutatis mutandis*, a atribuição representa para o órgão de atuação do Ministério Público aquilo que a competência significa para os juízes”. A atribuição, ademais, há de ser delineada pela lei ou, a partir de atos internos do Ministério Público, em conformidade com a lei.

¹ *Justitia*, 41 (107), out./dez. 1979, p. 141-149.

Por fim, o autor ressalta que “a atribuição surge no processo penal como um verdadeiro pressuposto processual de validade da instância.” Sua ausência “traz como consequência a nulidade do processo ou do ato processual”. A dificuldade a ser enfrentada é que, do elenco de nulidades previsto no art. 564 do Código de Processo Penal, não consta a ausência de atribuição. Ocorre que esse preceito não faz menção a outras causas de nulidade, a exemplo do impedimento, somente mencionando a suspeição. A incompetência, do mesmo modo, é tratada como causa de nulidade, mas nada se diz sobre a ausência de jurisdição, o que denota o caráter não exaustivo do comando processual. Apesar disso, o inciso II do art. 564 faz menção expressa à ilegitimidade da parte como causa de nulidade, o que pode ser utilizado considerando que “o órgão do Ministério Público despedido de atribuição é parte ilegítima *ad processum*”. Falta-lhe capacidade processual.

3. A sedimentação teórica do princípio do promotor natural

A percepção de que a atuação dos membros do Ministério Público deveria observar os critérios de divisão de trabalho estabelecidos pela legislação vigente, bem como que a sua inobservância geraria consequências de ordem processual, pouco a pouco foi se sedimentando.

Como tivemos oportunidade de afirmar,² a concepção de “promotor legal” ou “promotor natural” pode ser vista como princípio implícito no texto constitucional, decorrendo das garantias da inamovibilidade dos membros do Ministério Público (art. 128, §5º, I, *b*), da independência funcional que caracteriza a sua atuação (art. 127, parágrafo único), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do direito de somente ser processado pela autoridade competente (art. 5º, LIII).

No âmbito da Lei nº 8.625/1993, o art. 24, a exemplo do art. 10, IX, *e* e *g*, abriga o princípio do promotor natural, evitando a designação de “agentes de encomenda ou de exceção” e os consequentes afastamentos *ad nutum*, mazelas incompatíveis com o Estado de Direito e a efetividade dos direitos fundamentais. Também se buscou privilegiar o princípio do promotor natural ao se exigir que a divisão de serviço nas Promotorias de Justiça seja submetida à prévia deliberação do Colégio de Procuradores (Lei nº 8.625/1993, art. 23, §§ 2º e 3º) e que as petições e representações formuladas ao Ministério Público sejam objeto de distribuição entre os órgãos de execução (Lei nº 8.625/1993, art. 26, §5º).

Em um primeiro momento, analisando unicamente o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a eficácia imediata do princípio do Promotor Natural, *verbis*:

² *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 374-383.

Habeas corpus – Ministério Público – Sua destinação constitucional – Princípios institucionais – A questão do Promotor Natural em face da Constituição de 1988 – Alegado excesso no exercício do poder de denunciar – Inocorrência – Constrangimento injusto não caracterizado – Pedido indeferido. O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável. Posição dos Ministros Celso de Mello (relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da *interpositio legislatoris* para efeito de atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso) – reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro Sydney Sanches) – posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos ministros Paulo Brossard, Octavio Gallotti, Neri da Silveira e Moreira Alves³.

No entender do Supremo Tribunal Federal, tal princípio não auferia suas forças diretamente no texto constitucional, sendo necessária a interposição da legislação infraconstitucional. Ulteriormente, após a edição da Lei nº 8.625/1993, o Tribunal passou a reconhecer a eficácia do princípio:

³ STF, Pleno, HC nº 67.759/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. em 06/08/1992, DJU de 01/07/1993. No mesmo sentido: 2ª T., HC nº 68.966/RJ, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Rezek, j. em 27/10/1992, DJU de 07/05/1993.

I. Ministério Público: legitimidade *ad processum* para o oferecimento da denúncia de Promotor designado previamente para compor grupo especial de acompanhamento de investigações e promoção da ação penal relativas a determinados crimes 1. Sendo a denúncia anterior à Lei nº 8.625/1993 – segundo a maioria do STF, firmada no HC 67.759 (vencido, no ponto o relator) – não se poderia opor-lhe à validade o chamado princípio do Promotor Natural, pois, à falta de legislação que se reputou necessária à sua eficácia, estaria em pleno vigor o art. 7º, V, LC 40/1981, que conferia ao Procurador-Geral amplo poder de substituição para, “mesmo no curso do processo, designar outro membro do Ministério Público para prosseguir na ação penal, dando-lhe orientação que for cabível no caso concreto”. 2. De qualquer modo, ainda para os que, como o relator, opuseram temperamento à recepção integral da legislação anterior, a Constituição vigente não veda a designação, no Ministério Público, de grupos especializados por matéria, na medida em que a atribuição aos seus componentes da condução dos processos respectivos implica a prévia subtração deles da esfera de atuação do Promotor genericamente incumbido de atuar perante determinado juízo...⁴

⁴ STF, Pleno, HC nº 69.599/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30.06.1993, *DJU* de 27/08/1993, p. 17.020. No mesmo sentido: STF, Pleno, HC nº 70.290/RJ, caso “Jogo do Bicho”, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/06/1993, *Revista do MPRJ* n. 10/291; 1ª T., HC nº 71.429/SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/10/1994, *DJU* de 25/08/1995, p. 26.023; 2ª T., HC nº 77.723/RS, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 15/09/1998, *DJU* de 15/12/2000, p. 063; e 1ª T., RE nº 255.639-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 13/02/2001, *Inf.* nº 217/2001. O princípio do Promotor Natural também tem sido prestigiado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: 5ª T., REsp nº 904.422/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 22/05/2007, *DJU* de 11/06/2007, p. 375; 5ª T., REsp nº 631.434/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 28/09/2004, *DJU* de 25/10/2004, p. 383; 6ª T., HC nº 18.388/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 19/02/2002, *DJU* de 11.03.2002; 6ª T., RHC nº 10.519/SE, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 26/02/2002, *DJU* de 18/03/2002, p. 301; 6ª T., HC nº 17.106/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 02/08/2001, *DJU* de 27/08/2001, p. 416; 6ª T., HC nº 12.616/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 06/02/2001, *DJU* de 05/03/2001, p. 241; 5ª T., HC nº 1.171/RJ, Rel. Min. José Dantas, *DJU* de 18/05/1992; 5ª T., HC nº 13.612/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 13/12/2000, *DJU* de 05/03/2001, p. 193; 5ª T., HC nº 11.045/SC, Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 04/05/2000, *DJU* de 05/06/2000, p. 185; 6ª T., RHC nº 8.513/BA, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 28/06/1999, p. 154; 6ª T., RHC nº 6294/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 26/05/1997. Em sentido contrário, tem-se antiga decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, a exemplo da posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, não visualizava na Constituição da República a *sedae materiae* do princípio do Promotor Natural: “A Constituição, diferentemente do que faz com os juízes, tudo em prol dos jurisdicionados, não garante o ‘princípio do promotor natural’. Ao contrário, consagra no §1º do art. 127 os princípios da ‘unidade’ e da ‘indivisibilidade’ do Ministério Público, dando maior mobilidade à instituição, permitindo avocação e substituição do órgão acusador, tudo, evidentemente, nos termos da lei orgânica. No caso concreto, ademais, o promotor natural se deu por impedido. Daí a designação de outro, o denunciante” (6ª T., RHC nº 3.061/MT, Rel. Min. Adhemar Maciel, *DJU* de 28/02/1994, p. 2.916).

Em outra ocasião, entendendo que o princípio do Promotor Natural visa tão somente a evitar a figura do acusador de exceção, designado ao sabor de reprováveis critérios políticos, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão do seguinte teor:

1. Não está impedido de atuar, Promotor Público designado, de forma genérica, para apurar o envolvimento de policiais militares com o tráfico de drogas, sendo posteriormente designado para dividir as atribuições da Vara para onde o inquérito foi distribuído, nada impedindo que ofereça denúncia e ofício naquele originado de suas investigações preliminares. 2. O princípio do Promotor natural deve ter o devido tempero, apenas para evitar o acusador de exceção, aquele designado com critérios políticos e pouco recomendáveis. 3. Se o membro do Ministério Público atuou em determinado processo, antes da magistrada, sua esposa, é sobre esta que recai o impedimento (art. 252, I, CPP), nada havendo de irregular na sua substituição por outra Juíza, competente para tanto, não se vislumbrando qualquer ofensa ao princípio do Juiz Natural. 4. Recurso improvido.⁵

No caso concreto acima mencionado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser legítima a designação de Promotor de Justiça, para o oferecimento de denúncia, após a prática da infração penal e a própria distribuição do procedimento inquisitorial em Juízo, isto porque a designação recaiu sobre o mesmo agente que participara das investigações, o que exclui a possibilidade de considerá-lo um “acusador de exceção”.

Também não viola o princípio do Promotor Natural o oferecimento de denúncia por Promotor de Justiça que atue junto à Central de Inquéritos, com o seu ulterior acompanhamento pelo membro do Ministério Público que atue junto à Vara Criminal⁶. Nesse caso, cada agente possui uma atribuição específica, cuja definição precede à prática da infração penal. Por identidade de razões, é legítima a criação de (1) Grupo Especializado de Promotores, com atribuições e membros integrantes estabelecidos previamente ao fato criminoso⁷ e de (2) Coordenadoria de Recursos para elaborar e subscrever irrisignações recursais⁸, não havendo que se falar em violação ao art. 29, IX, da Lei nº 8.625/1993 (delegação de funções pelo Procurador-Geral) nem ao princípio do promotor natural. Por identidade de razões, não é identificada qualquer violação

⁵ STJ, 6ª T., RHC nº 6.662/PR, Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJU* de 27/04/1998, p. 214.

⁶ STJ, 5ª T., HC nº 37.495/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 16/09/2004, *DJU* de 11/10/2004, p. 367.

⁷ STJ, 5ª T., REsp nº 495/928/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 02/02/2004; e 5ª T., HC nº 28.700/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 11/05/2004, *DJU* de 07/06/2004, p. 247.

⁸ STJ, 5ª T., REsp nº 904.422/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 22/05/2007, *DJU* de 11/06/2007, p. 375.

ao princípio do promotor natural na hipótese de o Procurador-Geral, valendo-se de autorização legal (Lei nº 8.625/1993, art. 29, IX), delegar suas funções a outro agente⁹.

Em consonância com a Lei nº 8.625/1993, as funções afetas a um órgão somente poderão ser exercidas por outro no caso de concordância do titular (art. 24)¹⁰ ou em razão de designação do Procurador-Geral, por meio de ato excepcional e fundamentado, que deve ser previamente submetido à apreciação do Conselho Superior (art. 10, IX, g). De acordo com Hugo Nigro Mazzilli¹¹, mesmo no caso de concordância do titular, a designação de outro membro pode “*frustrar o direito do indivíduo ao promotor natural*”, importando em desvio de finalidade. Na medida em que o Supremo Tribunal Federal situou o princípio no plano infraconstitucional, entendemos que não será ele violado com a estrita observância da regra do art. 24 da Lei nº 8.625/1993, até porque não há qualquer exigência no sentido de que o agente designado funcione em auxílio, sendo legítimo que atue, sozinho, em feito determinado, desde que haja concordância do titular.

A possibilidade de agentes outros, que não o respectivo titular, atuarem em questões afetas a determinado órgão de execução, desde que com a concordância deste último, permite que, constatado o retardo no tramitar dos feitos no âmbito do Ministério Público, sejam envidados esforços em caráter coletivo com o fim de sanar a irregularidade¹².

O princípio do promotor natural também obsta que forças exógenas, estranhas à Instituição, introduzam modificações nas atribuições dos seus órgãos de execução. Se a intervenção direta é nitidamente ilícita, já que dissonante de qualquer referencial de autonomia, a intervenção indireta pode assumir contornos mais sutis. Dois exemplos facilitarão a compreensão. Se a causa tramita no âmbito de um órgão jurisdicional, no qual atua certo órgão de execução e, em momento posterior, verifica-se a alteração de sua competência, é evidente que essa situação, necessariamente harmônica com critérios legais preexistentes, pode redundar na fixação das atribuições de outro órgão de execução, fazendo que o órgão originário deixe de atuar na causa. Alteração dessa natureza, no entanto, pode decorrer não propriamente de um critério legal pré-definido, mas sim do livre-arbítrio da autoridade competente, sendo mero consectário do princípio hierárquico. É o caso de um inquérito policial que tramita perante uma Delegacia Policial comum e, por decisão da autoridade superior competente (*v.g.*: Secretário de Estado, Chefe de Polícia etc.), passa a tramitar em Delegacia diversa. Por força do princípio do promotor natural, não nos parece possível que decisão administrativa dessa natureza, puramente

⁹ O STJ já decidiu que se compatibiliza com o princípio do promotor natural o recurso subscrito por Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos, exercendo função própria do Procurador-Geral de Justiça, em harmonia com a organização interna da Instituição (5ª T., REsp n. 632.945/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. em 03/08/2004, DJU de 23/08/2004, p. 274).

¹⁰ Ao apreciar a questão, o STJ não visualizou qualquer violação ao princípio do promotor natural na designação para atuação conjunta: 5ª T., HC nº 31.697/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 17/06/2004, DJU de 02/08/2004, p. 445; e 5ª T., HC nº 31.740/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 28/04/2004, DJU de 14/06/2004, p. 254.

¹¹ *Regime Jurídico do Ministério Público*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 170.

¹² STF, 1ª T., RE nº 255.639/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 13/02/2001, DJU de 18/05/2001, p. 88.

discricionária, possa alterar as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público. Portanto, o mesmo agente que atuava antes das alterações continuará acompanhando a investigação, ainda que, ordinariamente, não tenha atribuição para atuar nos feitos desta última Delegacia de Polícia.

4. A aparente vaga de refluxo do princípio do promotor natural

Em contraposição à sedimentação do princípio, foi identificada uma pequena vaga de refluxo. Com efeito, em 14 de outubro de 2003, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão em norte contrário ao princípio do promotor natural, chegando mesmo a sustentar a sua incompatibilidade com os princípios institucionais inerentes ao Ministério Público¹³.

Eis a base fática do acórdão: a partir de representação oferecida pelo Ministro Carlos Velloso, então Presidente do Tribunal e que teria sido ofendido em sua honra em depoimento prestado no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República designou o Procurador-Chefe da Procuradoria-Geral da República no Distrito Federal para atuar no caso. Impetrado *habeas corpus* contra essa designação, a ordem foi denegada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, interposto recurso ordinário, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a alegação de violação ao princípio do Promotor Natural, anulou o processo desde o ato ilegal de designação e determinou o retorno dos autos ao Ministério Público para distribuição aleatória¹⁴. Ante a ausência de manifestação recursal do Ministério Público, o ofendido habilitou-se como assistente de acusação e interpôs recurso extraordinário, sustentando, em síntese, a inexistência do princípio do promotor natural.

Merecem menção três aspectos do voto da relatora: a) a alegada aplicação do entendimento firmado no HC nº 67.759/RJ¹⁵, segundo o qual o princípio do promotor natural dependeria de integração legislativa; b) a sua incompatibilidade com os princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público; e c) a impossibilidade de serem transpostos ao Ministério Público princípios inerentes à magistratura¹⁶.

¹³ STF, 1ª T., RE nº 387.974/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 14/10/2003, *Inf.* nº 326 e nº 328.

¹⁴ STJ, 5ª T., RHC nº 11.821/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 21/05/2002, *Inf.* nº 135.

¹⁵ DJU de 1º/07/1993.

¹⁶ Embora não se trate de aspecto diretamente relacionado à questão de fundo, parece-nos relevante realçar o pouco apreço demonstrado pelo acórdão ao princípio da independência funcional. Ao reconhecer a legitimidade do assistente da acusação para a interposição do recurso extraordinário, afirmou a relatora que “o órgão do Ministério Público que atua perante a 5ª Turma do STJ, por sua vez, deixou de interpor o recurso extraordinário, que lhe competia, atuando como estava, na substituição do servidor público ofendido. Tal omissão autoriza o servidor ofendido a oferecer o presente recurso extraordinário”. Em nenhum momento, foi aventada a possibilidade de não ter ocorrido qualquer omissão, mas, sim, consciente adesão aos termos do acórdão. Substituição processual, por certo, não guarda similitude com mandato, no qual o mandatário, ainda que violentando a sua consciência, deve zelar pelos interesses do mandante. Assim, não “competia” ao membro do Ministério Público, não estava ele obrigado a recorrer como quer fazer crer o acórdão.

No mérito, encampando integralmente os termos do judicioso parecer ofertado pelo Ministério Público, afirmou a relatora que os princípios institucionais da Instituição (unidade, indivisibilidade e independência funcional) a separam e a distinguem do Poder Judiciário, “*evitando que as normas nucleares de ambos sejam confundidas*”.

Acresceu que:

[a] Teoria Fixista do Juiz Natural, que emana do inciso LIII do art. 5º da Constituição Federal, se contrapõe ao princípio constitucional da indivisibilidade que compõe o Ministério Público (§1º do art. 127). Pelo princípio da indivisibilidade, todos os Membros do Ministério Público são reciprocamente substituíveis, tornando o órgão uma totalidade homogênea, o que se contradiz com a noção de Promotor Natural, que traduz uma prefixação unitária. São dois princípios constitucionais de regência diferente e que se contrapõem em termos e finalidade. O Juiz Natural é garantia individual de julgamento independente. A indivisibilidade é postulado de garantia coletiva da defesa de bens sociais e públicos, que não pode ser fixado em apenas um Membro, mas em todo o Órgão. Pelo princípio da indivisibilidade, cada Membro representa o órgão todo, porque o interesse que titulariza é coletivo e não de uma individualidade concreta. Sendo indisponível o interesse representado pelo Ministério Público, a não fixação de Membro (a não ser por distribuição interna e vulnerável do serviço) significa a natureza da totalidade homogênea do Órgão.

Em abono dos seus argumentos, colaciona o entendimento de autores estrangeiros que realçam a impossibilidade de aplicação das regras do Juízo ao Ministério Público, logo, “estender a regra fixista do Juiz Natural, para criar o Promotor Natural, é dividir as funções do Ministério Público, em contraposição à indivisibilidade constitucional. É afronta ao princípio da não contradição emanado da lógica formal.” Ao final, realçando a inexistência de norma que estabeleça a regra fracionária do promotor natural, bem como a ausência de cominação legal de nulidade para a sua inobservância, conclui que ao “estabelecer, em analogia com o Poder Judiciário, a prefixação do Promotor Natural, o ato exclui, sem previsão normativa, os demais Membros de suas funções constitucionais. Pior ainda: sem previsão normativa, como no caso sob apreciação, condena-se o exercício de outro Membro à contaminação processual nulificadora.”

Embora judiciosos, os argumentos apresentados, além de colidirem com a jurisprudência sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não rendem homenagem ao paradigma indicado: o HC nº 67.759/RJ. A razão é simples: ulteriormente à prolação desse acórdão, o legislador infraconstitucional,

como dissemos, preenchendo o espaço de conformação deixado pelo Constituinte Originário, estabeleceu critérios para a realização de designações e para a supressão de atribuições no âmbito do Ministério Público, sendo este o alicerce jurídico-normativo que sustenta o denominado princípio do promotor natural.

Tão evidente quanto a constatação de que a legislação infraconstitucional não consagra a expressão semântica do referido princípio é o dogma de que um princípio jurídico decorre do sistema, podendo ser implícito (princípio da independência funcional dos magistrados) ou explícito (princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público), conforme esteja, ou não, expresso no direito positivo.

A partir do momento que a Lei nº 8.625/1993, integrada pelas leis complementares estaduais, e a Lei Complementar nº 75/1993 estabeleceram critérios de designação, de fixação de atribuições e de remoção compulsória dos membros do Ministério Público, é evidente que, consoante um método de generalização crescente das regras e dos princípios específicos que regem a matéria, alcançar-se-á o princípio do promotor natural, que indiscutivelmente deflui do sistema e contribui para lhe conferir a necessária unidade.

O reconhecimento desse princípio não importa na correlata transposição de “regras fixistas” inerentes ao Poder Judiciário e somente aplicáveis no âmbito de incidência do princípio do juiz natural. Em qualquer Estado de Direito, as atribuições dos agentes públicos rendem obediência ao princípio da legalidade, somente estando autorizados a atuar nas situações definidas em lei. Se é correto reconhecer que essa peculiaridade da Administração Pública deve coexistir com a estrutura hierárquica que lhe é inerente, permitindo a advocatária de procedimentos ou a designação específica para o ato, parece igualmente claro que aspectos formais inerentes à persecução penal ou a outras atividades que possam culminar em restrições à esfera jurídica individual estão cobertos pela garantia do devido processo legal e pelo respeito aos direitos fundamentais, sem olvidar que os membros do Ministério Público possuem independência funcional, aspecto de todo incompatível com a noção de hierarquia. Como seria possível falar em respeito a tais princípios, que concentram valores básicos de civilidade, dignidade e segurança, se a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal interpreta isoladamente princípios constitucionais, em nítida afronta à sua *ratio*, que é a de conferir unidade ao sistema, terminando por admitir as subservientes figuras do acusador ou do arquivador de exceção?

O Min. Sepúlveda Pertence, no voto proferido no acórdão tomado como paradigma pela relatora, assim se pronunciou sobre a questão do agente de exceção:

[o] problema está, a meu ver, repito, não em vedar a avocação e a designação especial – que são instrumentos da unidade e indivisibilidade da instituição, que a Constituição preservou –, mas, sim, em dar-lhes disciplina legal cerceadora do arbítrio. Nela, como, acentuou o Relator, o exercício desses poderes, pelo Procurador-Geral, “só se justificará,

pois, nos limites estritos da lei e com respeito absoluto às atribuições funcionais do membro do Ministério Público, as quais constituem objeto de precisa discriminação legal”.

Assim, como concluir que os princípios da unidade e da indivisibilidade impedem o legislador infraconstitucional de estabelecer balizamentos para a atuação dos órgãos que exercerão suas atribuições no âmbito do Ministério Público? E ainda, como assegurar o respeito ao princípio da independência funcional e à garantia constitucional da inamovibilidade se o Procurador-Geral pode livremente determinar que um agente exerça as atribuições previamente outorgadas a outro? Das duas uma: ou o Tribunal encontrou respostas racionais a esses questionamentos ou, além de ignorar os demais princípios que coexistem com os da unidade e da indivisibilidade, simplesmente não observou que a matéria foi suficientemente regulamentada pela legislação infraconstitucional, não estando o Procurador-Geral autorizado a realizar designações ao arrepio da lei.

Não bastasse o exposto, o acórdão ora analisado ainda transmudou para o sistema brasileiro, sem qualquer preocupação de temperamento ou adequação, lições doutrinárias correntes em países nos quais o Ministério Público integra o Executivo ou o Judiciário, está sujeito às orientações políticas do Ministro da Justiça e nos quais é indubitosa a inexistência de independência funcional, encontrando-se consagrado, em sua plenitude, o princípio hierárquico.

A unidade institucional deita raízes na ideia de hierarquia, mas esta deve ser compatibilizada com os demais princípios constitucionais, quer afetos à Instituição, quer inerentes aos direitos e garantias individuais.

Em momento posterior, também a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, invocando o mesmo precedente, o HC nº 67.759/RJ, não acolheu a tese do promotor natural¹⁷.

Essa vaga de refluxo mostrou-se nitidamente temporária, já que o Tribunal, em mais de uma ocasião, tem reconhecido que o princípio do promotor natural é realmente extraído da ordem jurídica brasileira e que a sua funcionalidade é a de proteger o indivíduo contra o arbítrio. Indica a proscrição do “acusador de exceção”, considerado como tal aquele designado à margem dos balizamentos estabelecidos pela ordem jurídica¹⁸. O Tribunal reconheceu a ofensa ao princípio do promotor natural e à exclusividade da promoção da ação penal pública pelo Ministério Público no provimento da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, que dispunha sobre a possibilidade de

¹⁷ STF, 2ª T., HC nº 83.463/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* de 04/06/2004.

¹⁸ Nesse sentido: 1ª T., RHC nº 151.042 AgR/RO, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 22/03/2019, DJ de 03/04/2019; 1ª T., HC nº 160.213 AgR/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 01/03/2019, DJ de 15/03/2019; 2ª T., HC nº 136.503/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 04/04/2017, DJ de 02/05/2017; 2ª T., HC nº 103.038/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 11/10/2011, *DJU* de 27/10/2011; 1ª T., HC nº 95.447/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 19/10/2010, *DJU* de 17/11/2010; HC nº 96.700/PE, Rel. Min. Eros Grau, j. em 17/03/2009, *DJU* de 14/08/2009.

particular, bacharel em direito, ser designado como promotor *ad hoc*¹⁹. Por outro lado, voltou a afirmar que não ofendem o princípio do promotor natural (a) a designação de membros para auxiliar o promotor titular em determinada causa²⁰; (b) o oferecimento de denúncia pelo membro do Ministério Público atuante em Vara Criminal comum e recebida pelo juízo do Tribunal do Júri²¹; e (c) a delegação, pelo Procurador-Geral de Justiça, a Promotor de Justiça, da atribuição para investigar Deputado Estadual²².

O Supremo Tribunal Federal também teve oportunidade de esclarecer que:

[c]onsoante o postulado do promotor natural, a definição do membro do Ministério Público competente para officiar em um caso deve observar as regras previamente estabelecidas pela instituição para distribuição de atribuições em um determinado foro de atuação, obstando-se a interferência hierárquica indevida da chefia do órgão por meio de eventuais designações especiais (...) A proteção efetiva e substancial ao princípio do promotor natural impede que o superior hierárquico designe o promotor competente bem como imponha a orientação técnica a ser observada.²³

Epílogo

O princípio do promotor natural expressa garantia de singular relevância para a esfera jurídica individual, já que a todos é assegurado o direito constitucional de somente serem processados e julgados por autoridade competente. O fato de o Supremo Tribunal Federal ter contextualizado esse princípio no plano infraconstitucional indica que os critérios de designação ali estabelecidos devem ser rigorosamente obedecidos. Acresça-se que esses critérios devem harmonizar-se com o referencial de impessoalidade, sendo insuscetíveis de legitimar a figura do acusador de exceção.

A mácula ao promotor natural evidencia a ausência de um pressuposto processual de validade da relação processual, materializado na legitimidade *ad processum*, atraindo, como ressaltado por Sergio Demoro Hamilton há quatro décadas, a incidência da causa de nulidade prevista no art. 564, II, do Código de Processo Penal.

¹⁹ Pleno, ADI nº 2.958/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 27/09/2019, DJ de 16/10/2019.

²⁰ 1ª T., HC nº 163.559 AgR/CE, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 30/11/2018, DJ de 10/12/2018; e 2ª T., RHC nº 99.768/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 14/10/2014, DJ de 30/10/2014.

²¹ 1ª T., HC nº 114.903/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 03/10/2017, DJ de 21/02/2018.

²² 2ª T., ARE nº 1.037.746 AgR/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 16/08/2017.

²³ 1ª T., HC nº 137.637/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 06/03/2018, DJ de 25/04/2018.

Análise das alterações sofridas na legislação processual penal: soberania dos veredictos no Brasil

*Henrique Ribeiro Cardoso**

*Rafael Schwes Kurkowski***

Resumo

O presente texto é uma ode ao trabalho do membro do Ministério Público do Rio de Janeiro, professor Sergio Demoro Hamilton, sempre percuciente na análise das transformações da legislação processual penal, e avança ao fomentar a discussão acerca da soberania dos veredictos no Tribunal do Júri, da possibilidade de sua rescisória, bem ainda da prisão imediata após sentença condenatória dos jurados. A temática analítica é inspirada em publicação do homenageado intitulada “Análise das alterações sofridas na legislação processual penal – os procedimentos”, Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010, ousando complementá-la.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Soberania. Revisão. Prisão.

Introdução

A legislação processual penal brasileira vigente, desde sua inauguração sistêmica em 1941, passou por diversas reformulações. De igual modo, a interpretação da norma procedimental tem suportado um conjunto de mudanças, com novas perspectivas no alcance da legislação processual. Essas transformações exigem a constante análise e discussão dos ritos processuais para salvaguarda do direito material.

Dentre os inumeráveis motivos para o destaque da carreira do Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Sergio Demoro Hamilton, a larga produção científica sobre a legislação processual torna perene e icônico o seu trabalho.

* Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo IGC - Universidade de Coimbra. Pós-Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutor em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF/Rio). Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF/Rio. Promotor de Justiça do Ministério Público do Sergipe. Professor da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes (UNIT).

** Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Promotor de Justiça do Ministério Público do Sergipe. Coordenador Disciplinar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Professor Universitário da Faculdade Pio Décimo (FADIPE).

Sua preocupação com as transformações dos procedimentos orienta juristas e serve de inspiração para produção do presente estudo nesta publicação temática de oblação.

Este escrito toma por referência artigo intitulado “Análise das alterações sofridas na legislação processual penal – os procedimentos”, publicado por Sergio Demoro Hamilton na Revista da EMERJ, v.13, nº 50, 2010. Em que pese o decênio, a publicação continua atual: analisa a legislação processual penal, considera suas transformações e enfrenta temas como a presunção de inocência e a prisão preventiva após sentença. O estudo em apresentação ousa complementá-la.

O procedimento do Tribunal do Júri no Brasil é tema visitado nas obras do homenageado, onde a soberania de seus veredictos é abordada de forma pragmática, expondo as particularidades do exercício democrático representado pelo veredicto do conselho de sentença, as possibilidades rescisórias e o respeito ao princípio da presunção de inocência. O trabalho também referencia a pesquisa do professor Sergio Demoro Hamilton através de outras de suas publicações, tais como: “A Revisão Criminal – cinco temas provocativos”; “As ações de impugnação no projeto de Código de Processo Penal”; “O desaforamento (breves observações); e “Estudos de Processo Penal”.

Seguirá, para tanto, a linha analítica da publicação do homenageado sobre as modificações da legislação processual penal para reflexão da histórica instituição do Tribunal do Júri, e enfrentará o tema da presunção de inocência e da prisão após sentença condenatória do conselho de sentença.

1. Modificações sofridas pela legislação processual penal em relação ao procedimento do júri

A natureza democrática do Tribunal do Júri no Brasil divide opiniões, mas é inquestionável que o instituto representa a maior possibilidade de participação da população perante o Poder Judiciário, especialmente por tratar dos crimes dolosos contra a vida. Para Sergio Demoro Hamilton o veredicto do júri exige a identificação social da comunidade, por ser necessário valorar o fato sujeito à apreciação de acordo com padrões do meio social, referências culturais¹.

O sistema do jurado estaria, para Rogério Lauria Tucci², lastrado na evidência de que em qualquer agrupamento humano a deliberação de um certo número de membros implica em ideias representativas da comunidade. O conselho de sentença representaria o julgamento pelos jurados escolhidos aleatoriamente em nome do grupo.

A previsão constitucional não afasta sua natureza penal processual do procedimento do Júri, que suportou significativa mudança legal. Além das alterações legais, repercutem

¹ HAMILTON, Sergio Demoro. *Estudos de Processo Penal*. 4ª Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012. p. 13.

² TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: TUCCI, Rogério Lauria (coord.) *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.23.

nacionalmente clamores por mudanças em paradigmas interpretativos frente à soberania do júri, demandas há muito anunciadas pelos escritos do professor Sergio Demoro Hamilton, tais como a limitação rescisória do veredicto do júri e a necessidade de prisão imediata após decisão condenatória pelo conselho de sentença.

A adequada interpretação das transformações do procedimento exige o conhecimento da historicidade³ do Tribunal do Júri para que seja possível identificar a compatibilidade do tratamento dispensado à soberania dos verdictos frente ao próprio processo de respeito às decisões do conselho de sentença. As significativas transformações no procedimento se confundem com a trajetória da identidade nacional.

O Brasil, mesmo antes da sua independência, sob os ares do liberalismo e do cultivo aos direitos individuais, após a Revolução Francesa, criou o júri, por intermédio do Decreto n. 18 de junho de 1822⁴. Este Decreto previu a competência exclusiva do júri, integrado por um juiz e 24 cidadãos escolhidos de entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas, para os crimes de imprensa. Garantia-se a recusa peremptória. Uma vez determinada a existência de culpa, era da competência do juiz a imposição da pena. O réu só poderia apelar do julgado para o príncipe regente.

A decisão dos jurados não era soberana, já que dela poderia ser interposto recurso para o príncipe regente. Na medida em que não estava prevista nenhuma limitação para esse recurso, entende-se que a sua devolutividade era ampla, razão por que o juízo “ad quem” poderia reformar a decisão no mérito, substituindo-a por uma sua. Assim, mesmo que a decisão fosse popular, no seu princípio, a decisão final era baseada no entendimento monocrático do juízo “ad quem”.

Em 1832, veio à lume o Código de Processo Criminal do Império (Lei n. 29 de novembro de 1832), que regulamentou o júri, na seara criminal. Ele manteve a divisão de atribuições entre o “Jury de acusação”, responsável pelo recebimento da acusação, e o “Jury de sentença”, com competência para a absolvição ou condenação. Vigia a regra da comunicabilidade, ou seja, os jurados conversavam entre si, a portas fechadas, para deliberarem.

A soberania dos verdictos não era plena porque, da mesma forma como na Lei n. 20 de setembro de 1830, se permitia a apelação quando o juiz de direito não se conformasse com a decisão dos juízes de fato. Em caso de provimento desse recurso, realizava-se um novo julgamento por outro júri. Contudo, sustenta-se que essa apelação de ofício, além de violar o princípio da inércia da jurisdição, ofendia a soberania do

³ Pela historicidade, pretende compreender-se como que o Direito Atual se formou e se desenvolveu. Utiliza-se, para tanto, o exame crítico das legislações passadas com a finalidade de expor suas sucessivas transformações de acordo com as mudanças de consciência e das condições e necessidades sociais (WOLKMER, Antoni Carlos. *História do Direito no Brasil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P.17).

⁴ VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: uma órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p.12.

júri, pois permitia que o próprio Poder Judiciário questionasse a decisão dos jurados, que deveria ser soberana. Ao menos, em caso de provimento dessa apelação, o novo julgamento deveria ser realizado por outro corpo de jurados, e não pelos juízes togados. Percebe-se, assim, um respeito, mesmo que insuficiente, à soberania do júri, já que, em última análise, a decisão final sempre seria da sociedade.

No período republicano, o Decreto-Lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938, repercutiu no atual Código de Processo Penal, especificamente na redação original do art. 606, o qual dispunha que, se a apelação se fundasse na injustiça da decisão dos jurados e se o Tribunal de Apelação se convencesse de que a decisão dos jurados não encontrava apoio algum nas provas existentes nos autos, daria provimento à apelação para aplicar a pena legal, ou absolver o réu, conforme o caso.

Não obstante, a necessidade do respeito à soberania dos veredictos do júri imposta pelo caráter democrático do Tribunal do Júri transcende a irreformabilidade do mérito da decisão dos jurados. Com efeito, como será visto no seguinte tópico, ela reclama a execução provisória da pena, em sede de júri; a restrição interpretativa sobre a apelação prevista no art. 593, III, “d”, do CPP; e a impossibilidade de o réu condenado pelo júri ser absolvido em sede de revisão criminal, a qual, se julgada procedente, deve determinar a submissão do réu, autor da ação de revisão criminal, a novo julgamento.

2. Respeito à vontade da sociedade e as possibilidades impugnativas

A soberania dos veredictos representa o desejo manifesto do constituinte originário de conferir às decisões do júri o caráter de inalterabilidade por parte do Poder Judiciário ou por parte de qualquer outro órgão do Estado, impedindo assim que as decisões do órgão do povo possam ser modificadas pelos juízes profissionais⁵.

Com base no art. 593, III, “d”, do CPP, cabe apelação, contra a decisão do júri, quando ela for “manifestamente” contrária à prova dos autos. Segundo o art. 593, §3º, do CPP, esse recurso somente pode ser interposto por uma vez, independentemente da parte que tenha recorrido, conforme a doutrina.⁶

A decisão manifestamente contrária à prova é aquela que não encontra amparo em nenhuma vertente probatória dos autos, observando-se ainda que os jurados julgam com base no critério da íntima convicção.

Além disso, a especialidade do rito do júri torna assaz difícil que uma decisão condenatória possa contrariar, de forma manifesta, a prova. O contexto probatório passa por diversos “filtros” que impedem que o conselho de sentença julgue uma acusação

⁵ VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 23.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 104.

desprovida de elementos mínimos de prova. O indiciamento no inquérito policial, o oferecimento da denúncia criminal, o recebimento da denúncia e o afastamento pelo juízo da absolvição sumária evidenciam a existência de prova mínima suficiente para o reconhecimento da materialidade e da autoria do crime doloso contra a vida.

Mais especificamente, a pronúncia, verdadeiro instrumento de garantia do acusado⁷, constitui o filtro mais eficiente para impedir que os jurados possam apreciar um processo em que não exista prova suficiente para a condenação. Simplesmente, segundo o art. 413 do CPP, o juiz somente pode pronunciar se houver certeza da materialidade (existência do crime) e indícios suficientes de autoria ou de participação. Então, a pronúncia exige prova – judicializada – da materialidade e indícios suficientes, sérios, de autoria ou participação do réu⁸ bem como comporta recurso até o Supremo Tribunal Federal. Simples elementos de informação colhidos ao longo da fase de investigação, se não confirmados por prova judicial ao término do *judicium causae*, não permitem o prosseguimento do processo. Percebe-se, portanto, que a pronúncia exige prova produzida na fase judicial, perante o juiz natural, seguindo o devido processo legal e garantindo o contraditório ao réu, para permitir que o réu seja julgado pelo conselho de sentença.

Por consequência, o conselho de sentença não julga “aventuras jurídicas”, e inexistente o risco de os jurados incorrerem numa tirania ao condenar, sem motivos, o réu. De fato, em um exemplo hipotético, se nenhuma prova for produzida após a pronúncia, já existe um lastro que probatório que, constituindo indícios suficientes de autoria ou participação, permite tanto a condenação quanto a absolvição do réu, tudo a depender da íntima convicção dos jurados. Nesse caso, eventual condenação pelos jurados não poderá caracterizar decisão manifestamente contrária à prova, justamente porque a pronúncia já reconheceu a existência de uma vertente probatória suficiente para a condenação.⁹

Dessa sorte, se o réu interpuser apelação com base no art. 593, III, “d”, do CPP, a soberania dos verdictos prevista constitucionalmente impõe que o tribunal “ad quem” faça uma interpretação restritiva sobre essa hipótese. Apenas poderá ser provida essa apelação se a tese acolhida pelo Conselho de Sentença não encontra mínimo lastro

⁷ RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 146.

⁸ Pacelli e Fischer são incisivos, neste ponto: “na pronúncia há de se ter certeza da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação do agente” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 848).

⁹ No mesmo sentido, James Tubenchlak é percutiente: “pronunciado o réu, se ao final da segunda fase probatória, - a do *judicium causae* – os Senhores Jurados entenderem que o réu é realmente culpado, este jamais poderá lograr êxito em recurso de apelação fundada em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto o Júri nada mais fez do que aceitar e referendar a vertente probatória já realçada na pronúncia” (TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 149).

probatório, “situação em que os jurados decidem arbitrariamente, divergindo de toda e qualquer evidência probatória”.¹⁰

A extensão da soberania do veredicto também merece ser analisada sob a possibilidade de rescisão criminal para a absolvição do condenado pelos Tribunais. O professor Sergio Demoro Hamilton em mais de uma oportunidade em sua produção ratifica a importância da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, entretanto, considera ser possível sua mitigação em respeito aos interesses da sociedade na produção de resultados justos. É reflexão do autor a consideração de a ação revisional para veredictos do Tribunal do Júri não é baseada na presunção de inocência, mas a rescisão busca o reestabelecimento da ordem jurídica violada com a punição de um inocente¹¹.

A revisão criminal, cabível nas hipóteses do art. 621 do CPP, se julgada procedente, pode, nos termos do art. 626 do CPP, alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.

No caso do júri, todavia, uma interpretação conforme¹² do art. 626 do CPP com o art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF (soberania dos veredictos) impede que a revisão criminal, que, no caso do júri, é julgada pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal, possa ensejar a absolvição direta do seu autor, outrora réu condenado.

Se o Tribunal pudesse absolver o réu, ignoraria por completo a soberania dos veredictos. Com efeito, impedir que o Tribunal de Justiça possa absolver o réu em sede apelação interposta por ele contra a decisão do júri, mas permitir que ele adote essa providência em sede de ação de revisão criminal ajuizada por esse mesmo réu constitui simples subterfúgio para violar o princípio da soberania dos veredictos. Ao prever esta como um dos princípios do Tribunal do Júri, “quis o constituinte assegurar que o julgamento de última instância dos crimes dolosos contra a vida fosse do Colegiado popular”.¹³ Justamente por essa razão, não se pode concordar com Hermínio Alberto Marques Porto e com Heráclito Moussin, quando eles afirmam que a soberania dos veredictos, por ser uma garantia exclusiva do réu, vigora somente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ora, esse raciocínio simplesmente ignora que o

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus n. 218.476/RN. Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 3 out. 2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102191249&dt_publicacao=11/10/2013>. Acesso em: 28 jul. 2018.

¹¹ HAMILTON, Sergio Demoro. Prefácio. In: RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹² A interpretação conforme a Constituição visa à “preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 336). Nessa linha, a única maneira de conservar a constitucionalidade do art. 626 do CPP, frente à soberania dos veredictos, consiste no afastamento da possibilidade de absolvição quando a ação de revisão criminal versar sobre crimes dolosos contra a vida.

¹³ NOVAIS, Cesar Danilo Ribeiro de. Revisão criminal contra condenação do Tribunal do Júri. *Cadernos do Júri*, Cuiabá, v. 3, p. 85-98, 2015.

Tribunal do Júri, na condição de instrumento de democracia participativa, constitui, ao lado de uma garantia individual do réu para exigir o seu direito de ser julgado pelos seus pares, uma garantia política para a sociedade julgar os réus acusados da prática de crime doloso contra a vida, em verdadeiro exercício da democracia enquanto faculdade de participar na administração do Estado.

Ademais, enquanto a soberania dos veredictos e a coisa julgada são institutos com assentos constitucionais, a revisão criminal tem base, exclusivamente, infraconstitucional. Por isso, a “decisão da Corte Popular não pode ser desconstituída por meio processual de caráter ordinário, ainda que de competência originária de Tribunal de segunda, superior ou última instância”.¹⁴

Nessa linha, na hipótese de crime doloso contra a vida, em caso de procedência da ação de revisão criminal que diga respeito ao mérito do crime, o procedimento pautado pelo princípio constitucional da soberania dos veredictos consiste na submissão do outro réu a um novo julgamento popular, assegurada a proibição da “reformatio in pejus” (art. 626 do CPP).¹⁵

3. Soberania dos veredictos e a possibilidade de prisão após a sessão do júri

A soberania do júri decorre do seu caráter democrático, especialmente da função de garantia política que o Tribunal do Júri representa para a sociedade, ao permitir que esta exerça o seu direito social, coletivo, de julgar o réu acusado da prática de crime doloso contra a vida. As garantias políticas, segundo Suxberger, estão vinculadas a formas de desenho institucional que estabelecem controles mútuos entre os poderes políticos, controles internos dos próprios poderes e algumas formas de controle externo. O Tribunal do Júri constitui uma garantia política porque, mediante a participação do povo diretamente na função judicial do Estado, ele habilitou um controle externo sobre o Poder Judiciário. Aliás, o Tribunal do Júri constitui instrumento de democracia participativa ao permitir que a sociedade controle diretamente o Poder Judiciário.

A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, que tem assento no art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF, voltou à pauta da discussão jurídica após o julgamento do Habeas Corpus n. 118770/SP, em março de 2017, quando a maioria dos membros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”. A maioria dos integrantes da Primeira Turma reiterou esse entendimento no Habeas Corpus n. 139612/MG, julgado em abril de 2017, ao decidir que a soberania dos veredictos justificativa

¹⁴ GUEDES, Alexandre de Matos. Por uma nova exegese da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri – equívocos atuais da doutrina e jurisprudência e senso comum teórico dos jurados. *Cadernos do Júri*, Cuiabá, vol. 3, p. 11-26, 2015. p. 23.

¹⁵ A propósito, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2010).

a manutenção da prisão determinada pela sentença, a qual não violava o princípio da presunção de inocência. No mesmo sentido, foi a decisão no HC 140449/RJ.

Assim, pacificou-se, no âmbito da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o cabimento da execução provisória da pena, no Tribunal do Júri, logo após a sentença condenatória que acolhe a decisão soberana do conselho de sentença. O motivo principal para tanto foi a soberania da decisão dos jurados.

A decisão sobre a culpabilidade do réu acusado da prática de crime doloso contra a vida é exclusiva da sociedade. Em razão da soberania dos veredictos assegurada na Constituição Federal, essa decisão não pode ser reformada (alterada) pela magistratura togada; ela pode ser apenas rescindida, ou seja, diante de algum vício de formalidade e de desrespeito ao princípio da plenitude de defesa do réu (art. 5º, XXXVIII, “a”, da CF). Nesse caso de rescisão, um novo conselho de sentença integrado por jurados diversos do conselho de sentença original fará o julgamento.

Constata-se, dessa forma, que sempre a sociedade julgará o caso, e nunca a magistratura togada. Logo, inexistente motivo para não cumprir, de imediato, essa vontade soberana da sociedade.

Por outro lado, a execução provisória da pena, no júri, não viola os direitos fundamentais do réu. Para tanto, além de novos argumentos, sintetizam-se aqueles já escritos, em outros momentos, quanto à execução provisória da pena, especificamente no júri¹⁶, bem como após o encerramento das instâncias ordinárias.¹⁷

Em síntese, a execução provisória da pena, no júri, respeita o contraditório porque o réu e seu advogado são intimados previamente durante todas as fases do procedimento bifásico do júri, sendo garantida a eles a possibilidade de contradizer todas as alegações do Ministério Público. Observa mais do que a ampla, mas a plena defesa, porque, tanto antes quanto depois da condenação, são garantidas a autodefesa ao réu, mediante o seu interrogatório, e defesa técnica ao réu, cujo advogado persiste atuando. Respeita o juízo competente porque o juiz natural, nos crimes dolosos contra a vida, é o Tribunal do

¹⁶ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A constitucionalidade da execução provisória da pena no júri. XXII Congresso Nacional do Ministério Público. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <<https://congressonacional2017.amp.org.br/public/arquivos/teses/93.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2017.

¹⁷ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. *Revista Brasileira de Direito*, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 242-262, set./dez. 2017b. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/504>>. Acesso em: 27 jan. 2018; KURKOWSKI, Rafael Schwez. PIEDADE, Antônio Sérgio Cordeiro. Justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. *Revista Duc in Altum Cadernos de Direito*, Recife, v. 9, n. 18, p. 121-163, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.faculdededamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/609/521>>. Acesso em: 27 jan. 2018; KURKOWSKI, Rafael Schwez. SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública. *E-civitas Revista científica do curso de direito do UNIBH*, Belo Horizonte, v. IX, n. 2, p. 1-38, dez. 2016. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1994>>. Acesso em: 07 mar. 17.

Júri. Igualmente é respeitado o princípio do duplo grau de jurisdição, o qual é satisfeito mesmo nas ações penais originárias e no júri porque ele se contenta com o julgamento por um órgão colegiado, mesmo que originário, segundo Douglas Fischer.¹⁸

Igualmente, o princípio da presunção de inocência¹⁹ não é violado pela execução provisória da pena, já que, quando sucede o veredicto condenatório dos jurados, o Ministério Público já se desincumbiu do seu ônus probatório. Aliás, inexistente a oportunidade para a produção de outras provas.

De outra banda, existem instrumentos processuais adequados para obstar a execução provisória em caso da sua ilegalidade. De fato, nas hipóteses “de nulidade ou decisão totalmente divorciada do conjunto probatório, comprovada documentalmente de plano, poderá a defesa manejar habeas corpus junto às demais instâncias judiciais para fins de proteção do ‘jus libertatis’ do condenado” (grifo do autor).²⁰

Então, como o cumprimento imediato da decisão dos jurados, no Tribunal do Júri, é uma exigência da soberania dos veredictos, porque ele não viola os direitos fundamentais do réu e porque ele pode ser obstado em caso de ilegalidade, a execução provisória da pena é devida.

4. Considerações finais

A soberania do júri decorre do seu caráter democrático, tendo em vista que o Tribunal do Júri constitui instrumento da democracia participativa, no sentido de permitir à sociedade participar diretamente do Estado, especificamente do Poder Judiciário, sem representantes.

Em segundo lugar, se a decisão a respeito da culpabilidade do réu sempre é sempre sociedade, pois, mesmo em caso de rescisão da primeira decisão dos jurados, um novo conselho de sentença apreciará a causa, nada justifica que não se cumpra, imediatamente,

¹⁸ FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistemática da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Direito Público*. Ano V, n. 25, jan./fev. 2006. p. 07-30.

¹⁹ Este trabalho considera a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade como sinônimos, na linha do que sustentam Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 53) e André Nicolitt (NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 150). Não é escopo definir, à exaustão, o conceito do princípio da presunção de inocência. Este, fundamentalmente, atina ao ônus da prova e impõe ao órgão acusador a ônus de produzir as provas necessárias à condenação do réu. Este, por sua vez, está completamente desonerado da produção de provas sobre a sua inocência. No mais, para uma análise mais completa sobre o princípio em tela, confira-se outro trabalho (KURKOWSKI, Rafael Schwez. PIEDADE, Antônio Sérgio Cordeiro. Justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. *Revista Duc in Altum*. Cadernos de Direito, Recife, v. 9, n. 18, p. 121-163, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/609/521>>. Acesso em: 27 jan. 2018).

²⁰ NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. *A defesa da vida no tribunal do júri*. 2. ed. Cuiabá: Carlini & Caniato, 2018. p. 47.

a vontade dos jurados. Assim, em caso de condenação do réu, inexistente motivo suficiente para condicionar a execução da pena, mesmo que provisória, ao trânsito em julgado ou a qualquer outro fator. Vale dizer: após a votação pelo conselho de sentença que resulta na condenação do réu, a pena deve ser executada provisoriamente de imediato, no ato, inclusive porque essa execução provisória não viola os direitos fundamentais do réu e pode ser obstada em caso de flagrante ilegalidade.

Em terceiro lugar, a soberania dos veredictos, vista como garantia do direito coletivo da sociedade de julgar, sob o critério da íntima convicção, os réus acusados da prática de crimes dolosos contra a vida, reclama uma interpretação restritiva sobre a apelação prevista no art. 593, III, “d”, do CPP. Para essa mesma finalidade, deve-se considerar também que a decisão de pronúncia, ao exigir certeza da materialidade e indícios suficientes de autoria ou participação quanto ao réu, impede que o conselho de sentença aprecie uma causa desprovida de uma vertente probatória minimamente suficiente para a condenação do réu. Nesses termos, a decisão condenatória dos jurados, sob a íntima convicção, para ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos, não pode encontrar amparo em nenhuma vertente probatória passível de ser extraída dos autos. Do contrário, encontrando suporte probatório mínimo, a decisão deve manter-se hígida.

Por fim, em quarto lugar, a soberania do júri impede que o réu condenado pela prática de crime doloso contra a vida seja absolvido diretamente pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal, em sede de ação de revisão criminal. Se a procedência desta ação envolver o mérito do crime, ou seja, puder render a absolvição do seu autor, o procedimento correto, numa interpretação do art. 626 do CPP conforme a Constituição Federal, consiste na submissão do autor a um novo julgamento popular.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 218.476/RN. Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 3 out. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteior/?num_registro=201102191249&dt_publicacao=11/10/2013>. Acesso em: 28 jul. 2018.

FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistemática da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Direito Público*. Ano V, nº 25, jan./fev. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em*

espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 104.

HAMILTON, Sergio Demoro. *Estudos de Processo Penal*. 4ª Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

_____. Prefácio. In: RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A constitucionalidade da execução provisória da pena no júri. XXII Congresso Nacional do Ministério Público. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <<https://congressonacional2017.amp.org.br/public/arquivos/teses/93.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. A justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. *Revista Brasileira de Direito*, São Paulo, v. 18, nº 7, p. 242-262, set./dez. 2017b. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/504>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

_____. PIEDADE, Antônio Sérgio Cordeiro. Justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. *Revista Duc in Altum. Cadernos de Direito*, Recife, v. 9, nº 18, p. 121-163, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/609/521>>.

_____. PIEDADE, Antônio Sérgio Cordeiro. Justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. *Revista Duc in Altum Cadernos de Direito*, Recife, v. 9, nº 18, p. 121-163, mai./ago. 2017. Disponível em: <<http://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/609/521>>. Acesso em: 27 jan. 2018).

_____. SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública. *E-civitas Revista científica do curso de direito do UNIBH*, Belo Horizonte, v. IX, nº 2, p. 1-38, dez. 2016. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1994>>. Acesso em: 07 mar. 17.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. *A defesa da vida no tribunal do júri*. 2ª ed. Cuiabá: Carlini & Caniato, 2018.

_____. Revisão criminal contra condenação do Tribunal do Júri. *Cadernos do Júri*, Cuiabá, v. 3, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, Rogério Lauria (Coord.) *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A viabilidade do recurso adesivo no Processo Penal: reflexões a partir do texto de Sergio Demoro Hamilton e do Código de Processo Civil de 2015

*Humberto Dalla Bernardina de Pinho**

Sumário

1. Considerações Iniciais. 2. Uma palavra sobre o Recurso Adesivo no CPC/2015. 3. A ideia original de Sergio Demoro Hamilton acerca da viabilidade do recurso adesivo em procedimentos criminais. 4. A visão dos Tribunais sobre o tema. 5. Considerações finais.

Resumo

Esse texto se dedica ao estudo da obra “A viabilidade do recurso adesivo no processo penal” de autoria de Sergio Demoro Hamilton. Vamos tecer algumas considerações sobre o recurso adesivo, a luz do novo Código de Processo Civil Brasileiro. Em seguida, faremos uma resenha das principais ideias sustentadas pelo professor. Na sequência, examinaremos as decisões já prolatadas sobre o tema pelos Tribunais Superiores e, por fim, apresentaremos algumas considerações finais.

Palavras-chave: Recurso adesivo. Processo penal. Viabilidade.

1. Considerações Iniciais

Esse trabalho se dedica a homenagear a grandeza, simplicidade, humildade, sabedoria e a genialidade de Sergio Demoro Hamilton, para dizer o mínimo.

É, para mim, um exercício de gratidão por todas as (muitas) lições recebidas e uma singela forma de imortalizar a relevância institucional dessa querida figura do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

O texto foi originalmente escrito em 2000 e publicado no ano seguinte, no volume 13 da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (edição que compreende o período de janeiro a junho desse ano, especificamente às páginas 255/262).

* Pós-doutor pela University of Connecticut School of Law, EUA. Doutor e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Promotor de Justiça no MPRJ. Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, na Faculdade Estácio de Sá e no IBMEC. Professor Emérito e Diretor Acadêmico da Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro. Martin-Flynn Global Law Professor na University of Connecticut School of Law.

Nas linhas que se seguem, vamos fazer uma breve resenha do tema no âmbito do processo civil para, em seguida, apresentar as principais opiniões do autor sobre o tema e, ao fim, examinar a posição dos Tribunais Superiores sobre o tema.

2. Uma palavra sobre o Recurso Adesivo no CPC/2015

Em relação à forma de interposição, os recursos podem ser classificados em principal (ou independente) e adesivo (ou subordinado). Quando a decisão proferida for favorável em parte a um dos litigantes e em parte ao outro, tendo apenas um deles interposto recurso no prazo para recorrer, pode a parte contrária interpor recurso adesivo no prazo para oferecimento das contrarrazões¹.

O recurso adesivo é, então, um recurso contraposto ao da parte adversa por aquela que inicialmente não se dispunha a impugnar a decisão, e só veio a fazê-lo no prazo para oferecer contrarrazões ao recurso principal, porque o fizera o outro litigante.

Não custa lembrar que não há recurso adesivo de quem não tenha feito parte do processo originariamente, uma vez que o art. 997, §1º, menciona vencidos autor e réu. Importante, ainda, fazer a distinção do recurso adesivo para o recurso independente ou principal, sendo este o recurso interposto autonomamente por qualquer das partes interessadas, sem relação com o adversário, objetivando-se impugnar a decisão em qualquer hipótese, quer a outra parte recorra, quer não.

Destaque-se, ainda, que não há impedimento a que, sendo a decisão parcialmente favorável a um dos litigantes e também em parte favorável ao outro, cada um recorra parcialmente da decisão, no aspecto que lhe interesse, sendo os recursos independentes.

Se, no entanto, uma das partes se abster de recorrer, quedando-se inerte, ao ser intimado do recebimento do recurso interposto pelo adversário, poderá interpor recurso adesivo no mesmo prazo de que dispõe para responder ao recurso principal, mas somente quando se tratar de apelação, recurso especial, recurso extraordinário ou, por interpretação jurisprudencial, recurso ordinário constitucional.

A inércia é um requisito implícito para o recurso adesivo, uma vez que, se ambas as partes interpuseram recursos, não tendo sido admitido um deles, não poderá a parte que interpôs o recurso inadmitido impugnar a decisão por recurso adesivo.

O recurso adesivo fica subordinado ao da outra parte (art. 997, §2º), já que o recorrente só resolveu interpô-lo porque a decisão, na parte que lhe favorecia, foi impugnada pelo adversário. Assim, o recurso adesivo só será julgado se admitido o recurso principal, aplicando-se a regra segundo a qual o acessório segue o principal. Dessa forma, se não subsistir o recurso principal, a mesma sorte segue o recurso adesivo.

¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo*, São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 1.328.

Contudo, não é requisito para a admissão do recurso adesivo a existência de vínculo substancial entre a matéria nele discutida e a suscitada no recurso principal. O interesse em recorrer no recurso adesivo está presente pela necessidade de se levar ao conhecimento do órgão *ad quem* matéria não abrangida pelo efeito devolutivo do recurso principal, que restaria preclusa.

É interessante observar a perspicácia do legislador ao possibilitar a interposição de recurso adesivo. Ao contrário do que se possa imaginar, a figura não representa um estímulo à interposição de recursos. De modo diverso, constitui uma técnica que tem por finalidade diminuir o número de recursos interpostos.

Explica-se: em muitas situações, havendo uma das partes sucumbido, porém em parcela mínima de sua pretensão, não estará ela, a princípio, disposta a recorrer; todavia, se não existisse a figura do recurso adesivo, maiores seriam as chances de que essa parte, diante da eventualidade de seu adversário adotar a mesma postura, viesse a manejar a espécie recursal adequada ao caso.

Ao possibilitar a interposição de recurso adesivo, a lei confere àquele que sucumbiu em parcela mínima a tranquilidade de aguardar a atitude de seu adversário para, só então, decidir se recorrerá. Desse modo, procura-se evitar a interposição de recursos por mero temor de semelhante atitude da parte contrária.

Interposto o recurso adesivo, o mesmo terá seus requisitos de admissibilidade analisados pela autoridade competente para conhecer do recurso principal. Se não recebido, o recurso cabível será o mesmo do recurso principal, o agravo de instrumento.

Se recebidos, o recurso principal e o adesivo serão remetidos para análise do órgão *ad quem*. No Tribunal, os recursos serão analisados como diversos, mas em face de uma mesma decisão. Por outro lado, caso o recorrente desista do recurso principal, o recurso adesivo deverá ser inadmitido, pois este último pressupõe um recurso principal.

Com isso concluímos essa rápida revisão do tema no processo civil para que possamos, na sequência, compreender melhor as afirmações feitas por Sergio Demoro Hamilton.

3. A ideia original de Sergio Demoro Hamilton acerca da viabilidade do recurso adesivo em procedimentos criminais

Em primeiro lugar, temos que lembrar que o texto foi escrito sob a égide do CPC/73 e do atual CPP, que data dos anos 1940. Com isso, o autor inicia sua análise reconhecendo a excessiva profusão de recursos no direito pátrio, fato que, aliás, perdura até hoje, não obstante o advento do CPC/2015 e as reformas empreendidas na legislação penal até o momento.

Nessa esteira, o autor ressalta que só podemos cogitar de recurso adesivo no processo penal quando interposto *pro reo*. Para reforçar esse entendimento, sublinha que:

Torna-se inconcebível pudessem o Ministério Público, o querelante ou, ainda, o assistente, habilitado ou não (art. 598 do CPP), dele fazer uso, pois, se assim agissem, o princípio da impossibilidade da *reformatio in pejus* estaria atingido de forma reflexa, além do que, não há dúvida, iriam tolher o réu quando da interposição de eventual recurso, temeroso que a ele “aderissem” o *Parquet*, o querelante ou o assistente, conforme o caso.

Observe-se, desse modo, que o apelo adesivo no processo penal se distinguiria do seu homônimo do processo civil, já que neste haveria, necessariamente, a sucumbência recíproca. O Mestre assim explicita sua ideia:

Na hipótese acima formulada, o imputado, não interessa o motivo, restara conformado com a condenação. Porém, no momento em que o Ministério Público apela, a despeito de já haver decorrido o seu prazo para recorrer (preclusão temporal), o réu sai da sua inércia e de mero recorrido passa, também, a recorrente, objetivando melhorar a sua situação no processo, fato que, no estágio atual do nosso direito positivo, se tornaria irremediável.

Após anotar as premissas de admissibilidade do recurso adesivo em processo penal, Sergio Demoro Hamilton apresenta uma relação de argumentos, teóricos e casuísticos, que demonstram a viabilidade de sua teoria. Novamente, temos que lembrar que o texto foi escrito sob a vigência do art. 500 do CPC/73. Contudo, como já tivemos oportunidade de anotar, foram pouquíssimas as inovações trazidas pelo CPC/2015 no art. 997².

Apresentaremos abaixo, no formato original e sem edição, dada a riqueza e a profundidade das ideias apresentadas, as premissas e os argumentos apresentados pelo Mestre:

a) o recurso somente poderia ser interposto pelo réu, desde que também vencido (ou com interesse recursal). Desta forma, só a defesa estaria dotada de legitimação para valer-se do adesivo;

² “O artigo 997 traz, em seu *caput* e parágrafos 1º e 2º, de forma desmembrada, as regras contidas no antigo artigo 500, *caput*. Trata-se, portanto, apenas de aperfeiçoamento redacional e estrutural, acrescido de disposição expressa quanto à aplicabilidade, ao recurso adesivo, dos requisitos de admissibilidade e julgamento. O novo inciso III deixa de prever a possibilidade de não conhecimento do recurso adesivo por deserção, já que a insuficiência ou mesmo a falta de preparo passam a ser sanáveis, conforme se analisará no artigo 1007, *infra*.” CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Novo Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, 2ª edição, São Paulo: GEN, 2017, p. 636/637.

b) considera-se vencido, para os fins do recurso, o réu que sucumbiu ou que, pelo menos, guarda interesse na reforma da decisão (art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal);

c) o recurso adesivo ficaria subordinado ao recurso principal. Isto exige que o recurso subordinante tenha sido interposto e, quando da apresentação do adesivo, ainda subsista. Suponha-se, por exemplo, que a apelação subordinante não tenha sido admitida perante o juízo *a quo*, por intempestiva. Imagine-se, ainda, que, em caso de exclusiva ação privada, o querelante venha, após, a desistir do apelo. No último caso, se o querelado houvesse manifestado o incidental, seguiria ele a sorte do principal, não dispondo o querelado de qualquer poder para fazer valer o seu recurso, que, nesse passo, não dispõe de luz própria;

d) o subordinado será, sempre, interposto perante a autoridade judiciária competente para conhecer do recurso subordinante;

e) como regra geral, o adesivo poderá ser interposto pelo réu, seu procurador ou defensor (art. 577, *caput*, do CPP);

f) o prazo para a interposição do adesivo seria, de acordo com o processo civil, o mesmo que a parte dispõe para responder ao recurso principal. No processo penal, porém, impõem-se algumas adaptações. Explico-me melhor: sabe-se que o apelado dispõe de 08 dias para contrapor-se ao recurso, salvo em relação aos casos de contravenção onde a lei prevê 03 dias para aquela finalidade (art. 600, *caput*, do CPP). Ora, tal prazo excederia o do apelo principal (05 dias, *caput* do art. 593 do CPP), salvo em relação à contravenção. Assim, se de um lado o recorrente-adesivo levaria vantagem, do outro veria seu prazo diminuído em relação ao recurso principal. O legislador poderia, desta maneira, corrigir a distorção, fixando um único prazo, ao estabelecer que o adesivo, em qualquer caso, observaria o lapso temporal cogitado para o recurso principal (art. 593 do CPP). Parece-me solução mais justa, técnica e equânime nivelar o prazo, igualando-o nos dois recursos: o principal e o adesivo. É interessante observar que o problema só se põe em relação à apelação, em face do descompasso verificado nos prazos indicados nos arts. 593 e 600 do CPP. É certo que, no processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, o recurso apresenta-se bifásico, compreendendo o momento de interposição (art. 578 do CPP) e o da apresentação de razões (art. 600 do CPP). Vale o registro que, perante os Juizados Especiais Criminais, o apelo reveste caráter monofásico (art. 82 da Lei nº 9.099, de 26.09.95), sendo de dez dias

o prazo para o apelo e para a resposta (art. 82, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.099, de 26.09.95). Aqui, não haveria o que alterar;

g) o prazo em questão começaria a fluir da data em que a defesa recebesse os autos com vista para ofertar contra-razões. Como se trata de prazo processual, a regra *dies a quo non computatur in termino* ganharia plena incidência (art. 798, § 1º, do CPP);

h) a forma de interposição obedeceria aos ditames do Código de Processo Penal (art. 578 do CPP), isto é, far-se-ia por petição ou por termo, abrindo-se, após, nova vista para a oferta de razões, quando em jogo recurso bifásico, pois, como já assinalado, no Juizado Especial Criminal, por exceção, o apelo apresenta forma monofásica, ou seja, não há uma fase distinta para a interposição e outra para razões; juntamente com a apelação, são, desde logo, apresentadas as razões do recurso (art. 82, § 1º, da Lei nº 9.099, de 26.09.95). É, sem dúvida, a solução desejável do ponto de vista técnico para todas as hipóteses. No entanto, esta não é a regra geral no processo penal;

i) quanto ao cabimento do adesivo, ele somente se daria em caso de apelação e por ocasião dos chamados recursos constitucionais, ou seja, o extraordinário e o especial. Ao contrário do que ocorre no processo civil, ele não encontraria admissibilidade nos embargos infringentes e de nulidade, uma vez que, no processo penal, aquele recurso é privativo da defesa (art. 609, parágrafo único, do CPP);

j) o recurso contraposto, igualmente, não mereceria conhecimento no caso de ser declarado deserto o recurso subordinante ou o do próprio querelado. Soa evidente que a deserção somente poderia ocorrer, por ausência de preparo, nos casos de exclusiva ação privada (art. 806 e seus parágrafos do CPP);

l) no caso de apelação, se o réu fugir depois de haver apelado, o recurso incidental será declarado, da mesma forma, deserto, desde que, evidentemente, no caso, surja como condição de admissibilidade do apelo o recolhimento do réu à prisão;

m) quando o incidental for interposto pela Defensoria Pública, o prazo do recurso ganhará a contagem em dobro, por força do disposto na Lei nº 7.871, de 08.11.89;

n) também no Tribunal, o adesivo seguirá a sorte do principal. Desta maneira, caso o Tribunal não venha a conhecer do recurso principal (não importa a razão da inadmissibilidade), o subordinado, igualmente, não poderá merecer conhecimento, seguindo-lhe a sorte;

o) quanto ao rito na superior instância, principal e adesivo seguem juntos, em procedimento uno, como se ocorresse a hipótese de dois recursos independentes, sendo ambos julgados na mesma sessão, ocasião em que, tal como o recorrente principal, será facultado ao recorrente adesivo fazer sustentação oral;

p) suponha-se, para efeito de argumentação, que o adesivo não venha a ser conhecido no Juízo do primeiro grau de jurisdição, por entender o juiz que o apelo interposto pelo querelado encontra-se deserto. Denegada a apelação, abrir-se-á, para o réu, a oportunidade de interpor recurso no sentido estrito contra aquela decisão (art. 581, XV, *in fine*, do CPP), tal como ocorreria caso ele houvesse interposto um recurso independente;

q) na hipótese acima contemplada (no 05, letra p), o recurso perderá objeto se, por qualquer motivo, o apelo principal não vier a ter seguimento, pois o adesivo a ele se subordina;

r) interessante questão pode ocorrer quando, no recurso adesivo, houver argüição de questão prévia que, se reconhecida, pode atingir o mérito do recurso principal. Nada melhor que o exemplo: no adesivo, o querelado sustenta a preliminar de extinção da punibilidade, pela ocorrência da decadência (art. 38 do CPP c/c 107, IV, do CP). Se acolhida a preliminar, ficará prejudicado o recurso principal quanto ao julgamento de mérito. Aqui, como de fácil observação, há uma inversão na ordem normal de apreciação dos recursos, fazendo com que o subordinante (principal) fique prejudicado quanto ao mérito, em razão do acolhimento da questão prévia suscitada no recurso subordinado (adesivo), que deve ser apreciada antes do julgamento de meritis do recurso principal;

s) já ficou dito (no 05, letra “n”, *supra*) que o recurso contraposto segue a sorte do principal. Melhor dizendo: se este for julgado deserto ou, ainda, se o querelante desistir do recurso que interpôs, o adesivo, como recurso subordinado que é, não poderá merecer conhecimento. Porém, o inverso não se dá; nenhum reflexo terá, para o recurso independente, a desistência por parte do réu em relação ao recurso incidental que interpôs;

t) para que o recurso possa ser considerado adesivo, é preciso que ele não tenha sido interposto no prazo que o réu dispunha para recorrer. Ele se daria quando, sucumbindo o réu ou havendo interesse para insurgir-se contra a decisão, não manifestasse recurso no prazo legal, mas se deparasse, após, com a interposição de recurso por parte do autor (Ministério Público ou querelante) ou do assistente (art. 598 do CPP). Somente em tal situação processual, caberia ao réu “aderir” ao recurso principal;

u) vislumbre-se a situação de vários réus, em que um ou apenas alguns deles tenham manifestado recurso adesivo. Os princípios gerais acima expostos terão, da mesma forma, integral aplicação, convindo notar que cada recorrente adesivo guardará total independência em relação ao outro. Imagine-se, para exemplificar, que o réu A não tenha o seu adesivo conhecido, por intempestivo. Tal fato não contamina o adesivo do réu B, até porque a subordinação do recurso contraposto dá-se, somente, em relação ao principal. No litisconsórcio passivo (caso de sucumbência paralela), repita-se, cada recurso adesivo terá sua própria fortuna, ficando todos, quanto ao conhecimento, subordinados ao principal. Se este, por fás ou por nefas, não vier a ser conhecido, aí sim, todos os adesivos seguir-lhe-ão o caminho;

v) – e se o recurso principal vier a ser interposto pelo assistente do Ministério Público ou pelo ofendido não habilitado como tal nas hipóteses contempladas no art. 598 do CPP e 80 do Código de Defesa do Consumidor, assim como consoante o enunciado constante da Súmula 210 do STF? Da mesma forma, o réu, com maior razão, poderá “aderir” ao recurso principal e nem haveria razão para que se vedasse tal providência para o mesmo, tendo em conta que os objetivos do recurso do assistente não guardam, necessariamente, os ideais de justiça que movem o Ministério Público em suas manifestações processuais;

x) – cabe, agora, a seguinte ponderação: havendo recurso do assistente do Ministério Público (para aumentar a pena aplicada, por exemplo) e não manifestando o réu o adesivo, parece-me que o *Parquet*, ciente do fato, pode, se for o caso, como fiscal da lei, “aderir” ao recurso principal, buscando uma solução justa para a lide penal. Se ele pode apelar em favor do réu (*rectius*, buscando a correta aplicação da lei), por que não poderia ele “aderir” ao recurso do assistente no objetivo maior da Instituição, que reside na efetivação de um processo justo?

z) – caso haja mais de um recurso adesivo, o recorrente poderá desistir do mesmo sem anuência dos litisconsortes, no caso de sucumbência paralela, já que, em relação a eles, guarda total independência, como já observado (no 05, letra “u”). Sua subordinação, no que respeita ao conhecimento do recurso, dá-se, somente, em relação ao recurso independente. Assim, por conseqüência, se o querelante vier a desistir do apelo que interpôs, o adesivo que lhe seguia não colherá conhecimento;

z-I) – quanto ao mérito, porém, o adesivo, como não poderia deixar de ser, mantém absoluta independência em relação ao recurso subordinante. Aliás, se assim não se desse, nem haveria razão de ser para a existência

do adesivo. Melhor dizendo: suponha-se que o recurso principal, de meritis, venha a ser improvido; tal circunstância em nada impedirá o conhecimento e provimento do recurso subordinado. E vice-versa; z-II) – no mais, aplicam-se as regras gerais de processo penal em matéria de conhecimento das chamadas questões absolutas, podendo o Tribunal, embora não conhecendo do recurso adesivo, conceder *habeas corpus* de ofício em prol do réu (art. 654, § 2º, do CPP), desde que vislumbre presente, *v.g.*, uma nulidade absoluta; z-III) – diga-se o mesmo quando houver a possibilidade de aplicação do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, por extensão subjetiva dos efeitos benéficos do recurso contraposto; z-IV) – É certo que as questões ventiladas linhas acima (no 05, z-II e z-III) poderiam ser apreciadas, de ofício, pelo Tribunal, por força do princípio do favor rei, mesmo sem que houvesse recurso adesivo. Porém, uma vez não tratadas no recurso principal, é de bom aviso o adesivo para provocar a manifestação e o prequestionamento por parte do Tribunal sobre a matéria, que, sem o recurso incidental, poderia passar despercebida, acarretando desnecessário gravame para o réu.

Como se pode observar, o autor não apenas traz suas considerações sobre a matéria. Ele, com a precisão de um relojoeiro suíço e com a técnica de um cirurgião, realiza um verdadeiro transplante do órgão (recurso adesivo) para o corpo do paciente que, a seu ver, precisa de um novo instrumento (Código de Processo Penal de 1940).

Não são apenas regras dispersas ou opiniões isoladas. Trata-se de um sistema completo que viabiliza, como, aliás, está expresso no título do artigo, o cabimento da interposição do recurso pela via adesiva no processo penal.

Nesse sentido, o autor se dá ao trabalho, em todas as alíneas acima transcritas, de refazer todas as conexões e ligamentos com as demais figuras e institutos do CPP, apontado as eventuais inconsistências e sublinhando as compatibilidades.

Realmente, uma obra que se tornou referência na matéria e que, apesar do tempo decorrido, da mudança da legislação processual civil ou mesmo a eventual edição de um novo CPP, continuará atual e relevante.

4. A visão dos Tribunais sobre o tema

Não obstante tudo o que foi dito acima, a tese não se afigurou sedutora o suficiente para convencer os Tribunais. Selecionamos abaixo dois julgados nos quais a ideia do cabimento do recurso adesivo no processo penal acabou por ser repelida.

Examinaremos, primeiramente, decisão da lavra do Min. Luís Roberto Barroso, no Supremo Tribunal Federal³, na qual tratou do tema ao examinar *habeas corpus* impetrado contra decisão emanada do Superior Tribunal Militar.

Nessa oportunidade, o Min. Relator assentou que:

Assim, transitada em julgado a decisão para uma das partes, não pode a outra se valer de recurso “adesivo”, instituto próprio do Direito Civil, para ter o seu apelo conhecido. Tanto na seara penal comum como na castrense, inexistente previsão legal para tanto. São também taxativos os recursos (previstos expressamente nas leis). Ilícito, pois, às partes criarem novas modalidades recursais.

Na hipótese dos autos, contra a sentença, o MP havia interposto apelação dentro do prazo e, após o trânsito em julgado para a defesa, a DPU veio a interpor apelação adesiva, que restou inadmitida.

Com efeito, nesse caso concreto, não se pode olvidar que há uma questão antecedente, qual seja o cabimento de *habeas corpus* contra decisão já coberta pelo manto da coisa julgada. Nesse sentido, como aliás reconhecido expressamente no julgado, a jurisprudência do STF é firme⁴ no sentido da não admissão do HC como substituição de revisão criminal.

Ademais, o Min. Roberto Barroso assentou que:

A legislação processual penal (comum ou militar) traz em seu bojo previsão taxativa dos recursos em espécie e esta foi a real intenção do legislador, não se podendo cogitar que a ausência de previsão expressa quanto ao recurso adesivo se traduz em lacuna a ser suprida, via analogia, por instituto próprio do CPC (art. 500), como pretende a Defesa.

No segundo julgado localizado, o STJ⁵ entendeu não ser cabível recurso especial adesivo interposto pelo Ministério Público Federal.

Novamente, são invocados os princípios da taxatividade e da vedação à aplicação subsidiária de normas do CPC ao CPP quando já existem normas específicas sobre o tema nesse último Diploma. Contudo, o julgado reconhece que a defesa poderia peticionar diretamente ao tribunal e, assim, expressar sua pretensão no sentido da reforma para melhor da decisão *a quo*:

³ STF. HC n° 129.908/MG, j. 30.06.2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29.11.2019.

⁴ Veja-se, por exemplo: RHC 119.605-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; HC 111.412-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; RHC 114.890, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 116.827-MC, Rel. Min. Teori Zavascki; RHC 116.204, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia; e RHC 115.983, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

⁵ REsp 1595636/RN, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 02/05/2017, DJe 30/05/2017.

A defesa sempre pode peticionar provocando a ação do Tribunal, pela admissão da *reformatio in melius*, não podendo, todavia, admitir-se a ampliação do limite recursal após ter perdido o prazo.

Contudo, ao se examinar detalhadamente a decisão, observa-se que o Relator, Min. Sebastião Reis, ressalva seu entendimento pessoal, ou seja, para ela não haveria óbice ao cabimento do recurso adesivo em causas criminais, desde que manejado pela defesa, não obstante o silêncio do CPP e da Lei n° 8.038/1990.

Ao contrário da conclusão da maioria, o Relator baseou seu entendimento na letra do art. 3° do CPP, que estabelece admitir a lei processual penal interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Por força do dispositivo, é pacífico o entendimento⁶ de que, no caso de silêncio da lei processual penal, é admitida a sua integração por normas do CPC.

O Min. Relator salienta que:

Veja-se que a aplicação analógica serve para perfectibilizar a sistematização processual. Havendo lacuna legal, poderá ser promovida analogia com a lei penal que disponha sobre fato semelhante. No processo penal, tal situação é viável junto ao processo civil, pois ambos residem no mesmo sistema processual e são originários da mesma teoria geral do processo. A heterointegração é uma exceção na regra da analogia, servindo para as circunstâncias em que o próprio instituto da seara do ordenamento jurídico não preveja forma de resolução, obrigando o intérprete a se socorrer de fórmulas existentes em outro ramo do direito. No caso em tela, temos evidente situação excepcional, pois o Código de Processo Penal não resolve a questão, compelindo o técnico a buscar na processualística civil tratamento jurídico previsto e adaptável à situação. Nestas condições, só a proibição do adesivo poderia afastá-lo da esfera processual penal. Ocorre que tal inexistente. O crítico menos avisado, que buscasse esgrimir contra o adesivo firmado no princípio da taxatividade dos recursos criminais, não teria êxito. É que o recurso adesivo não é um recurso próprio que se integre no rol de espécie dos recursos criminais, é, sim, uma possibilidade de interposição, uma força procedimental de se promover o recurso de apelação, extraordinário e especial.

⁶ Nesse sentido, por exemplo: AgRg nos EDcl no CC n° 140.589/RS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 1º/12/2015; e HC n° 208.363/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 21/9/2011.

Nesse excerto, podemos colher duas importantes conclusões: (i) a aplicação subsidiária das normas do CPC ao CPP, não obstante, registre-se, o silêncio do art. 15 do CPC; e (ii) a importante afirmação de que não há uma nova espécie de recurso, mas sim uma forma diversa de interposição de um recurso já existente.

Contudo, o Min. Relator, atento ao que já havia sido expressamente ressaltado pelo Prof. Sergio Demoro Hamilton, não admite a utilização do adesivo pelo MP, na medida em que conflitaria com a regra do art. 617 do CPP. Nesse sentido, assim fez consignar em seu voto:

Em razão da relação de subordinação, o recurso adesivo ministerial somente poderia ser conhecido caso fosse conhecido também o recurso da defesa, ou seja, a admissão do recurso defensivo acarretaria ao réu um efeito negativo, qual seja, o de que o recurso acusatório adesivo também passaria a ser analisado, caracterizando uma *reformatio in pejus* indireta. Outrossim, o recurso adesivo é acessório do recurso principal. (...) Ao aplicar esse conceito ao Processo Penal, tem-se que o recurso adesivo do Ministério Público, em sentido amplo, passa a integrar formalmente, de maneira acessória, o recurso principal defensivo. Portanto, qualquer agravamento da situação do réu, em razão do provimento do recurso adesivo acusatório, dar-se-ia, na verdade, dentro do âmbito, *lato sensu*, do recurso defensivo ao qual está subordinado. E, por força do art. 617 do Código de Processo Penal, não pode haver *reformatio in pejus* em recurso exclusivo da defesa.

Já no que se refere ao adesivo interposto pela defesa, o Min. Relator não só o admite expressamente, como, ainda, o justifica dentro da lógica do sistema processual penal:

Não haveria obstáculo, entretanto, à interposição de recurso adesivo em favor da defesa, tendo como principal o recurso da acusação, uma vez que, mesmo em recurso acusatório, é possível aos Tribunais favorecer o réu, por meio da concessão de *habeas corpus* de ofício prevista no art. 657, §2º, do Código de Processo Penal. Sendo assim, se possível, no âmbito recursal, a correção de ilegalidades, a favor da defesa, mesmo de ofício, não há empecilho que a defesa interponha recurso adesivo no prazo de resposta ao recurso acusatório, nas hipóteses previstas no Código de Processo Civil e na forma nele disciplinada, inclusive quanto à subordinação ao recurso principal, enquanto sobre o tema for silente a lei processual penal.

5. Considerações finais

Como visto, ao longo desse texto, Sergio Demoro Hamilton foi dos primeiros processualistas a suscitar a questão do cabimento do recurso interposto na forma adesiva em matéria criminal.

Como dito ao longo das linhas acima, recurso adesivo não é uma nova modalidade recursal. O atributo “adesivo” está relacionado, apenas, a forma de interposição do recurso.

Ademais, o art. 15 do CPC, que trata do princípio da subsidiariedade, embora não mencione explicitamente o processo penal, deve ser combinado com o art. 3º do CPP, que assegura tal técnica hermenêutica.

Nesse sentido, é preciso examinar se há normativa sobre a matéria no CPP ou não. Havendo, deve prevalecer o princípio da especialidade. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o que já foi decidido quanto a contagem de prazos no contexto de reclamações cujo ato impugnado tiver sido produzido em processo ou procedimento de natureza penal. Nesse sentido, decidiu o STF que deve prevalecer a inteligência do art. 798 do Código de Processo Penal⁷.

Por outro lado, a interposição do recurso da defesa pela via adesiva também se coaduna com os modernos princípios da colaboração e do contraditório participativo, especialmente prestigiados pelo CPC/2015.

Com efeito, na contemporaneidade, o contraditório assume um espectro muito mais amplo⁸, sendo consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe⁹:

a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes;

b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material;

⁷ O Tribunal afirmou que, pelo critério da especialidade, deve ser observada norma regimental que possui *status* de lei e que disciplina a reclamação no Supremo Tribunal Federal. A interpretação sistemática do CPC permite a conclusão de que o novel diploma legal não regula aspectos disciplinados no âmbito processual penal. De acordo com o previsto em seu art. 15, o CPC pode ser aplicado subsidiariamente ao processo eleitoral, trabalhista ou administrativo. Isso não significa, porém, que as normas do processo civil não possam ser subsidiariamente aplicadas ao processo penal. Contudo, essa aplicação não decorre do suposto caráter geral do CPC. Rcl 23045 ED-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 9.5.2019. (Rcl-23045). Informativo nº 939 STF.

⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 145.

⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo*, São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 156.

c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa;

d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão;

e) o contraditório participativo pressupõe que todos os contra-interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação.

Por outro lado, somente em um ambiente protegido pelas garantias constitucionais, e havendo um permanente monitoramento da incidência dessas garantias, é que se poderá ter o chamado processo justo. Ocorre que, como elementos imprescindíveis ao bom funcionamento desse sistema, encontramos não só a postura do juiz, mas, principalmente, a atitude das partes.

Quanto a estas últimas, não podem apenas provocar a jurisdição de forma despreziosa. Devem buscar de forma clara, leal e honesta a melhor solução para aquele conflito. Devem participar da solução. É preciso ter um atuar construtivo, agir no intuito de promover um processo justo e ter a real possibilidade de influenciar a decisão, como já referido.

Desse modo, sobressai o acerto da posição de Sergio Demoro Hamilton, ratificada pelo voto do eminente Min. Sebastião Reis, nessa nova orientação prestigiada pelo Código Fux, e que deve ser estendida ao processo penal, guardadas, obviamente, as peculiaridades desse ramo, mas preservada, por outro lado, a unidade do sistema processual.

Um processualista além de seu tempo: estudo sobre “A técnica das alegações finais”

*José Muiños Piñeiro Filho**

Índice

1. Introdução. 2. A essencialidade das alegações finais como ato do processo: a constituição do devido processo legal integrado pela instrução probatória e a instrução postulatória. 3. A relevância das alegações finais na formatação introduzida pela Reforma Processual de 2008. 4. O ponto de vista que de vencido se tornou vencedor na doutrina e na jurisprudência.

1. Introdução

Em 2005, Sergio Demoro Hamilton¹ apresentou à comunidade jurídica o trabalho que intitulou “A TÉCNICA DAS ALEGAÇÕES FINAIS”². Era, como o próprio autor afirmava, o terceiro estudo que compunha uma trilogia “*voltada para participação do Ministério Público em três momentos relevantes da parte postulatória do processo penal*”.

Com efeito, já havia DEMORO apresentado “A TÉCNICA DO PARECER” em 1994³ e “A TÉCNICA DA DENÚNCIA”⁴ em 2002.

Contudo, a trilogia se completou apenas formalmente com a publicação ocorrida em 2005, tendo em vista que o tema foi, em verdade, revisitado pelo autor

* Mestre em Direito Público (UNESA). Magistrado estadual (TJ/RJ. 2008/actual). Ex-integrante do Ministério Público estadual (MP/RJ. 1983/2008). Presidente do Fórum Permanente de Direito Processual Penal e Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor Universitário.

¹ Conheci Sergio Demoro Hamilton quando ainda estava cursando a graduação na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), tendo colado grau em 1980. Em 1983, ingressei no Ministério Público estadual e aquele que era *referência* passou, de repente, a ser *colega*. Muito mais do que isso, um amigo de fé. Quando chefei o *Parquet* e, nesta condição, presidi o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, era Demoro o decano e sentava ao meu lado esquerdo. Aqui deixo registrado a grandeza e o caráter do homem, a qualidade do profissional, a fé do amigo sempre presente e que foi guardião e protetor daquele jovem instado pelas circunstâncias da vida a assumir uma Procuradoria-Geral de Justiça.

² HAMILTON, Sergio Demoro. A Técnica das Alegações Finais. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, edição nº 22, p. 319-335, 2005.

³ HAMILTON, Sergio Demoro. A Técnica do Parecer. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 2, nº 8, p. 110 e seguintes, outubro/dezembro, 1994.

⁴ HAMILTON, Sergio Demoro. A Técnica da Denúncia. In: *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), nº 19, 2002, p. 207 e seguintes.

que dele já havia se ocupado, em 1995, em trabalho intitulado “A RELEVÂNCIA DAS ALEGAÇÕES FINAIS NO PROCESSO PENAL”⁵.

Importante que se observe que a trilogia foi redigida após a vigência da Constituição do Brasil de 1988, a qual, com todos os encômios, assentou inquestionavelmente como Direito Fundamental o *due process of law* (devido processo legal) e o asseguramento nos processos judiciais e administrativos do contraditório e da ampla defesa (conforme art. 5º, LIV e LV).

2. A essencialidade das alegações finais como ato do processo: a constituição do devido processo legal integrado pela instrução probatória e a instrução postulatória

Antes mesmo de discorrer sobre o tema propriamente dito – o aspecto formal do oferecimento das alegações finais pelo Ministério Público –, DEMORO registrou com pesar, porém com sua impecável, erudita e firme convicção, sem prejuízo da fineza peculiar, que o seu ponto de vista quanto a constituírem as alegações finais *ato essencial* do processo era posição vencida na doutrina e jurisprudência.

De fato, podem-se apontar dois precedentes do colendo Supremo Tribunal Federal, um de 1974 e outro de 2001, portanto, antes e após a vigência da Constituição do Brasil, que confirmam o registro feito pelo autor na ocasião em que apresentou o seu estudo.

DEFESA. RAZÕES FINAIS. AUSÊNCIA. NULIDADE INEXISTENTE. Não constitui nulidade, em processo penal, a ausência de razões finais, se o defensor não se utilizou do prazo, que a lei lhe confere, para apresentá-las. Recurso de *habeas corpus* desprovido. (RHC 52695, Relator(a): BILAC PINTO, Segunda Turma, julgado em 17/09/1974, DJ 04-11-1974 PP-08178 EMENT VOL-00965-03 PP-00894)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. ALEGAÇÕES FINAIS. INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONSTITUIR NOVO DEFENSOR. NÃO NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. Ao defensor constituído, é imprescindível a intimação para o oferecimento de alegações finais. A apresentação ou não é critério de conveniência da defesa. A omissão não caracteriza nulidade. Não havendo renúncia do defensor, não há que se cogitar de nulidade por falta de intimação do réu para constituir novo defensor. Ao paciente assistido por defensor

⁵ HAMILTON, Sergio Demoro. A relevância das alegações finais no processo penal. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 8, p. 207 e seguintes, Rio de Janeiro, 1995.

constituído não é necessário nomear defensor dativo ou público. *Habeas* indeferido. (HC 80251, Relator(a): NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 29/08/2000, DJ 04-05-2001 PP-00004 EMENT VOL-02029-03 PP-00572)

Não é só. Reclamava o autor que a instrução criminal era vista tão só como vinculada ou se confundia com a fase probatória do processo e não havia a percepção que a instrução postulatória seria também parte integrante e, por consequência, essencial do devido processo legal assegurado constitucionalmente.

Para dar foco à sua indignação de processualista, citava NUCCI, para quem a apresentação de alegações finais estaria vinculada, no aspecto processual, ao aludido princípio constitucionalizado como fundamento do Estado Democrático de Direito, assim como também o está, por exemplo, a produção de provas.⁶

Destarte, DEMORO reafirma, assim, as duas ilações que até hoje ele se faz um ardoroso defensor, quais sejam, que as alegações finais deduzidas pelas partes se inscrevem no sistema processual penal como integrantes da instrução criminal e compõem, como ato essencial do processo, o princípio do *due process of law*.

Se são atos essenciais, DEMORO passou a sustentar, então, que o disposto no art. 564, III, “e”, do Código de Processo Penal, ao elencar os atos estruturais do processo apenas deu distinção aos prazos concedidos às partes, tratando-se, portanto, de conteúdo normativo não recepcionado pela Constituição do Brasil de 1988, eis que o devido processo legal exige efetividade no exercício da acusação e da defesa.

Há que se brindar ao estudo em comentário que trouxe profunda reflexão para que se entenda a importância e, claro, relevância dos chamados *atos postulatórios ou petitórios*, nos quais se inserem, por óbvio, as alegações finais.

3. A relevância das alegações finais na formatação introduzida pela Reforma Processual de 2008

Pode-se afirmar que DEMORO, como sempre, estava adiantado no tempo, antecipando o que viria ou deveria vir em termos legislativos na produção das normas de natureza processual e, felizmente, tendo por graça divina – ele que é católico fervoroso, homem de fé – a possibilidade de vivenciar a edição das Leis nº 11.689, de 06 de junho de 2008, e nº 11.719, de 20 de junho de 2008, as quais não só adotaram ou inseriram no Código de Processo Penal a expressão *instrução probatória* (veja-se, respectivamente, art. 411, §3º, e art. 384, *caput*), embora ainda há no Código de ritos, por 17 (dezessete) vezes a expressão instrução criminal.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, p. 50, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003.

Mais do que isso, o rito ordinário (processos e julgamentos da competência do juiz singular) que antes fracionava a fase de diligências da fase de apresentação das alegações finais por escrito, após a instrução oral tripartida (*interrogatório do réu; sumário de culpa; e prova de defesa*), conforme dispunham os revogados arts. 499 e 500 do Código de Processo Penal, passou a ser unificado compreendendo toda a instrução criminal composta da instrução oral (*declarações do ofendido, inquirição de testemunhas, incluindo esclarecimentos dos peritos, acareações e reconhecimento de pessoas; e, o interrogatório do acusado*) e das demais provas produzidas a requerimento das partes, tudo a permitir os debates (alegações) orais na forma do art. 403 do Código de Processo Penal, podendo ocorrer, contudo, necessidade de realização de alguma diligência considerada imprescindível, o que fará com que as alegações sejam apresentadas por memórias (art. 404, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

4. O ponto de vista que de vencido se tornou vencedor na doutrina e na jurisprudência

Aqui se situa o que o presente estudo em homenagem a Sergio Demoro Hamilton pretende ao revisitar “A TÉCNICA DAS ALEGAÇÕES FINAIS”: reafirmar a essencialidade das alegações finais, máxime em se considerando que os ditos *atos postulatórios ou petitórios* são, em regra, realizados em uma audiência naturalmente complexa.

Para destacar, entre outras funções ou razão de ser, a essencialidade das alegações finais, indica-se ser o momento processual oportuno, pena de preclusão, para reiterar diligência não realizada.

De fato, a Constituição Brasileira de 1988 previu expressamente em seu art. 5º, inciso LIV, como postulado fundamental, o devido processo legal, que, conforme sintetiza REDENTI (*apud* TOURINHO FILHO⁷), consiste em assegurar à pessoa a defesa em juízo ou “em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei”.

Como desdobramento imediato do aludido postulado, a Lei Maior previu, no inciso seguinte (art. 5º, inciso LV), a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, que, no processo penal, devem ser exercidos de forma plena e efetiva, demandando a essencial notificação de uma parte acerca dos atos da(s) outra(s) e a conseqüente oportunidade de contrariá-los.

De acordo com a clássica lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (*apud* SCARANCE FERNANDES⁸), contraditório pode ser definido pela dicotomia “*ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*”.

⁷ *Processo Penal*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 58.

⁸ *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: RT. p. 57.

Saliente-se, ainda, que o *efetivo* exercício do contraditório está intimamente ligado ao princípio da paridade de armas, de modo a propiciar maior isonomia processual entre a acusação e a defesa.

Nessa linha de raciocínio, o direito à prova traduz verdadeiro corolário direto da garantia do contraditório e da ampla defesa.

A produção de prova no processo penal nada mais é do que a reconstrução dos fatos descritos na denúncia, na tentativa das partes de se aproximarem, o máximo possível, da verdade real. A atividade probatória das partes possui importância fundamental para a formação da convicção do magistrado.

A propósito, sobre o tema, Guilherme Nucci muito bem observa que “*o julgador deve ater-se à verdade processual para proferir o seu veredicto. Portanto, o esforço da parte, no contexto probatório, concentra-se na extração do maior número de elementos viáveis para a persuasão racional dos órgãos do Poder Judiciário. Lembremos que a parte promove a produção da prova não somente para o juiz de 1º grau, mas visando todas as instâncias pelas quais o processo pode percorrer*”.

Nesse contexto, TORQUATO AVOLIO⁹ assevera que “*se o escopo do direito de ação e de defesa é o de dar ao interessado uma adequada oportunidade de interferir sobre o desenvolvimento e êxito do julgamento, pareceria evidente que o exercício concreto desse direito seja essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de servir-se dos instrumentos apropriados, as provas, com as quais se procurava verificar aquele determinado evento*”.

Segundo Scarance Fernandes, o direito à prova abrange vários outros direitos da parte, entre os quais se verifica o “*direito ao que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova*”.¹⁰

Nesse diapasão, BARBOSA MOREIRA¹¹ ensina que as partes possuem o direito de serem ouvidas e de serem examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. Tal prerrogativa deve entender-se ínsita no direito de ação, que não se restringe à mera possibilidade de pôr em movimento o mecanismo judicial, mas inclui a de fazer valer razões em juízo de modo efetivo e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos.

Outrossim, na fase prevista no art. 402 do Código de Processo Penal – em que as partes podem requerer novas diligências cuja necessidade tenha surgido durante a instrução ou reiterar as diligências que já foram requeridas na denúncia ou na resposta prévia e até então ainda não tenha(m) sido cumpridas –, defesa e acusação precisam estar atentas a tudo que foi *postulado*.

⁹ *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4ª ed. São Paulo: RT, p. 35.

¹⁰ *Op. cit.* p. 73.

¹¹ *Apud* Scarance Fernandes. *Op. cit.* p. 74.

Com efeito, seria prudente e recomendável que o órgão acusador ou o assistente, a acusação e a defesa reiterassem os pedidos feitos no momento oportuno, ou seja, quando do oferecimento da denúncia ou da queixa (art. 41 do Código de Processo Penal), ou da apresentação de resposta à acusação, nos termos do art. 396-A do Código de Ritos.

Entretanto, não há, na Lei, nenhuma disposição que obrigue a parte a repetir pedido já expressamente consignado nos autos, salvo se o juiz indagar, também, expressamente se as partes insistem nas diligências antes requeridas, ou se tal pedido já houver sido indeferido e não tenha havido qualquer impugnação.

De fato, há que se distinguir, no ponto, a manifestação sobre não ter diligências outras a requerer daquela que desiste, incontestemente de dúvida, do que já foi requerido alhures e ainda *pendente de apreciação judicial ou não cumprida ou não atendida*.

A jurisdição deve ser exercida em todas as fases do processo, máxime quando a legislação, agora, determina que a instrução criminal se resuma em uma única audiência.

Ressalte-se, ainda, que não se podem desprezar as tensões e os sentimentos que permeiam uma audiência de instrução e julgamento, o que pode justificar o fato de a defesa, por exemplo, ou qualquer das partes, não haver renovado pedido anterior quando indagada acerca da necessidade de produção de alguma diligência.

A propósito, TOURINHO FILHO¹² adverte que após a alteração legislativa que determinou a instrução em audiência una, as partes devem se manter bastante atentas, pois o pedido de diligência deve ser feito ao final da instrução “e, uma vez que as provas devem ser produzidas numa só audiência, *praticamente empalmou-se, escamoteou-se a ampla defesa*”. (Sem grifo no original)

É cediço que o juiz deve indeferir o pedido de prova que se mostrar meramente protelatória ou irrelevante – art. 400, §1º, do Código de Processo Penal: “*As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*”.

Desta feita, nula é a sentença que refuta ou rejeita a conversão do julgamento em diligência que se mostra altamente relevante e que foi requerida em momento oportuno e que sequer foi apreciada durante a instrução criminal.

Esse posicionamento encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. Confira-se:

Alegações finais orais (AFO)

Art. 403 (...)

¹² *Op. cit.* p. 67.

Nesse ato processual, último em que as partes manifestam-se em audiência, salvo a excepcionalidade do §3º, cabe a elas abordar todas as questões jurídicas e fáticas, procurando demonstrar o acerto de suas teses, trazendo aos autos a posição da doutrina e da jurisprudência pátrias.

É nessa fase que tanto a acusação como a defesa devem arguir todas as nulidades sanáveis que existirem nos autos, sob pena de haver preclusão, nos termos do art. 571, II, c/c 572, I, do CPP. O curioso é que a reforma pontual revogou o art. 500 do CPP, que era a fase na qual as partes arguiriam as nulidades no rito ordinário de competência do juiz singular. E agora, em que momento vamos arguir nulidades?

Pensamos que, embora a lei esteja capenga pela reforma pontual que fez, não há outro momento melhor senão quando da abertura da audiência. É nesse momento que as partes deverão arguir os vícios que entenderem existir.

É bem verdade que, se o juiz der a palavra às partes em alegações orais e elas nada alegarem, não há que se falar em vício processual. Não será comum a cena, mas se ocorrer, nada há que se alegar em prejuízo. O que não pode ocorrer é o juiz não dar a palavra às partes, pois haveria cerceamento, seja de acusação ou de defesa.¹³ (Destques não são do original)

(...) as alegações finais no processo penal ocupam posição do mais alto relevo na estrutura do devido processo legal, particularmente no âmbito do contraditório, mas, sobretudo e especialmente, no da ampla defesa. Na maioria esmagadora dos casos, não se discutem ali questões unicamente de direito. Ao contrário, toda a instrução criminal é examinada unicamente naquele momento, incluindo aquelas objeto de provas técnicas. Mesmo as questões de direito guardam também a complexidade inerente à dogmática penal, exigindo acurado exame acerca da culpabilidade e dos pressupostos de punibilidade, o que faz com que cada caso, ainda que idêntico o fato, seja analisado com lente individualizada.

É nessa fase, em regra, e por exemplo, *que se devem arguir as nulidades relativas* (art. 571, I, II e VI), ou seja, aquelas em que o prejuízo deve

¹³ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ser alegado e demonstrado. As nulidades relativas, como veremos, submetem-se a prazo preclusivo.

A fase das alegações finais é também essencial, particularmente, para a defesa, já que é ali que se expõem, mais profunda e amplamente, as diversas e possíveis argumentações em torno do direito aplicável, bem como se faz o confronto entre o material probatório produzido pela acusação e aquele produzido pela defesa, e/ou em que se busca infirmar o valor probatório das provas realizadas pela acusação na fase da instrução.¹⁴ (Destaques não são do original.)

Por sua vez, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem reafirmado que somente há que se falar em preclusão após ultrapassada a fase de alegações finais, senão vejamos:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ILEGALIDADE. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. PENDÊNCIA DE RECURSO DE APELAÇÃO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. (3) COMPETÊNCIA PARA A INTERCEPTAÇÃO RELATIVAMENTE A CERTOS TERMINAIS. JUIZ DIVERSO DA CAUSA. CONSTRANGIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. (4) PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INCIDÊNCIA DE DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 11.719/08. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. REALIZAÇÃO ANTES DA VIGÊNCIA DA NOVEL DISCIPLINA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NA PRÉVIA ORDEM, DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICADORAS DO ART.132 DO CPC, C.C. ART. 3.º DO CPP. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. (5) *ALEGAÇÕES FINAIS DA DEFESA. PRELIMINAR. ABERTURA DE VISTA PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. RESPEITO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. ORDEM NÃO CONHECIDA.*

1. (...).

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012

4. Segundo a jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso, se, em sede de alegações finais, a Defesa suscita preliminares, não ofende a ampla defesa a abertura de vista ao Parquet: STF: RHC 104261, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 06-08-2012 PUBLIC 07-08-2012.

5. (...).

6. Ordem não conhecida.

(HC 160.384/SP, Rel^a. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. INTERROGATÓRIO. NULIDADE. NEGATIVA DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS AOS CORRÉUS. ATO REALIZADO NO INTERIOR DE PRESÍDIO POR MAGISTRADO DE COMARCA DIVERSA. *QUESTÕES NÃO SUSCITADAS NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.*

1. *Consoante o disposto no artigo 571, inciso I, da Lei Processual Penal, as nulidades da instrução criminal nos processos de competência do Tribunal do Júri devem ser arguidas no momento do oferecimento das alegações finais.*

2. *No caso dos autos, as máculas que estariam a contaminar o interrogatório dos acusados foram arguidas apenas quando da impetração do mandamus originário, mais de dois anos após a prolação de sentença de pronúncia, o que revela a preclusão do exame do tema.*

3. (...)

7. Recurso improvido.

(RHC 30.817/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 12/06/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*.

PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. *ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL, PELA NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA, REQUERIDO NA DEFESA PRELIMINAR. QUESTÃO NÃO SUSCITADA, NAS ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO.* ART. 571, II, DO CPP. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTE, PARA USO PRÓPRIO. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA, EM *HABEAS CORPUS*. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, ANTECEDENTES, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, APENAS EM RELAÇÃO AOS MAUS ANTECEDENTES. MANIFESTA ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO §4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS*, DE OFÍCIO.

I. (...)

V. *A teor do art. 571, II, do CPP*, as nulidades da instrução criminal, nos processos de competência do juiz singular, devem ser arguidas, em preliminar, na oportunidade do oferecimento das alegações finais, sob pena de preclusão, *tal como ocorre na espécie, em que a aludida nulidade não foi deduzida, no momento oportuno.*

VI. (...)

XVII. Ordem concedida, de ofício, para, redimensionando a pena-base, estabelecer a sanção definitiva do paciente em 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, com fundamento no art. 33, §2º, b, c/c §3º, do Código Penal, e 600 dias-multa.

(HC 168.984/GO, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 21/05/2013)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DA PROVA. DEGRAVAÇÕES REALIZADAS POR PERITOS. DESNECESSIDADE. NULIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPUGNAÇÃO APÓS AS ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA. PROVA QUE NÃO INFLUIU NA DECISÃO DA CAUSA. INTELIGÊNCIA DO ART. 566 DO CPP. ORDEM DENEGADA.

1. (...)

3. *A nulidade da instrução criminal nos processos de competência do juiz singular, não suscitada até o momento das alegações finais, encontra-se preclusa.*

4. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

5. Ordem denegada.

(HC 112.386/RS, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 03/02/2012)

CRIMINAL. HC. EXTORSÃO CIRCUNSTANCIADA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU. ARTIGO 563 DO CPP. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE OFENSA. *NULIDADE DA PERÍCIA NÃO ARGUIDA EM ALEGAÇÕES FINAIS. LAUDO ASSINADO POR APENAS UM PERITO. NULIDADE RELATIVA. NÃO SUSTENTAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO.* ORDEM DENEGADA.

I. No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no processo penal, a assertiva da não declaração de nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

II. *Ausência de ofensa ao princípio do devido processo legal, tendo em vista a inércia da Defesa em arguir a nulidade da perícia realizada em sede de alegações finais.*

III. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a assinatura do laudo pericial por apenas um perito *configura*

nulidade relativa, que deve ser sustentada no momento oportuno, ou seja, nas alegações finais, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

IV. Ordem denegada.

(HC 154.945/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 18/10/2010)

(Sem grifo nos originais)

No mesmo sentido, os seguintes julgados proferidos pela Suprema Corte:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. 1. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. 2. *QUESTÕES NÃO SUSCITADAS PELA DEFESA EM ALEGAÇÕES FINAIS E NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO: PRECLUSÃO*. 3. INTERROGATÓRIO DO PACIENTE NA FASE DE INQUÉRITO E EM JUÍZO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 10.792/2003. NÃO OBRIGATORIEDADE DA PRESENÇA DE DEFENSOR. 4. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DA ARMA E DE PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. 1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. *Nulidades não suscitadas pela defesa nas alegações finais e no Tribunal de Justiça de São Paulo. Preclusão que impossibilita o exame dessas questões*. 3. Nos termos do que assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a presença do defensor do réu no interrogatório faz-se necessária apenas após a entrada em vigor da Lei nº 10.792/2003. Precedentes. 4. O julgado do Superior Tribunal de Justiça está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual são desnecessárias a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a qualificadora do art. 157, §2º, inc. I, do Código Penal, já que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial. Precedentes. 5. Ordem denegada.

(HC 104462, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-122 DIVULG 27-06-2011 PUBLIC 28-06-2011 EMENT VOL-02552-01 PP-00075)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA CONTÁBIL. SITUAÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA COMPROVADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. *INDEFERIMENTO DA DILIGÊNCIA REQUERIDA PELO CO-RÉU*. *NULIDADE NÃO ARGÜIDA NAS ALEGAÇÕES FINAIS*. *PRECLUSÃO*. NULIDADE NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. *As eventuais nulidades da instrução criminal nos processos de competência do Juízo de 1º grau não de ser argüidas no prazo das alegações finais (inciso II do art. 571 do CPP)*. 2. *Ocorre a preclusão quando a defesa suscita, tão-somente na apelação, nulidade consistente no indeferimento de diligência requerida pela defesa do co-réu, na fase do art. 499 do CPP*. 3. *Além da preclusão da matéria, de se ver que não há nulidade no indeferimento de diligência requestada pelo co-réu, pois a prova pretendida pela defesa já constava nos autos*. 4. A situação financeira da empresa pode ser comprovada por prova documental, produzida durante a instrução criminal. 5. Não viola a garantia do devido processo legal a não-apreciação de documento juntado pela defesa tão-somente após a inclusão do julgamento da apelação em pauta. Garantia do contraditório que também é de ser assegurada à acusação. 6. Julgado que apreciou e afastou a tese defensiva da inexigibilidade de conduta diversa, embasado nas provas produzidas em atenção ao contraditório e à ampla defesa. 7. Ordem denegada.

(HC 88868, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-02 PP-00357)

(Grifei.)

E na hipótese de ser indeferido o pleito de diligência, alternativa não restará a parte que se sentir prejudicada que não seja arguir a nulidade como preliminar de mérito de eventual recurso. Esta é a lição de TOURINHO FILHO¹⁵, *litteris*:

¹⁵ *Op. cit.* p. 67.

E se o pedido for negado? A lei não previu nenhum recurso. Nem tempo haverá para tanto, uma vez que, logo em seguida ao indeferimento, será concedida a palavra às partes para alegações finais. Assim restará ao Defensor, se vencido na ação, arguir, em linha de preliminar cerceamento da defesa. Se o pedido foi formulado pela Acusação e esta ficar vencida, também poderá, em preliminar de apelação, arguir ter ficado coarctada na produção de prova. Se tivéssemos o agravo retido seria outra coisa.

Há mais a confirmar a essencialidade das alegações finais. Recentemente, o autor do presente estudo, na condição de relator de uma apelação criminal, anulou sentença porquanto a Defesa Técnica de um réu que defendia os então *três denunciados* somente apresentou alegações expressas em favor dos dois outros acusados, sendo silente justamente àquele réu, único que negou a prática dos delitos imputados, oportunidade em que se analisou a distinção entre *Defesa falha ou precária de ausência ou inexistência de Defesa*. Eis a ementa do processo referido:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO COM O EMPREGO DE ARMA DE FOGO (ARTS. 33 E 35, COMBINADOS COM, ART. 40, IV, TODOS DA LEI Nº 11.343/2006). SENTENÇA QUE JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO CONDENATÓRIA, APENAS PARA AFASTAR A MAJORANTE DA ARMA. RECURSO DEFENSIVO. *PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS DE UM DOS CORRÉUS (ULISSES)*. PLEITO ABSOLUTÓRIO EM RELAÇÃO À ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DO CORRÉU ULISSES E EM RELAÇÃO AO TRÁFICO DOS CORRÉUS *ULISSES E GEORGE*. SUBSIDIARIAMENTE, PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS NA DOSIMETRIA DE *CRISTIANO E GEORGE*. *PRELIMINAR ACOLHIDA*. NULIDADE RECONHECIDA EM RELAÇÃO AO ACUSADO *ULISSES* A PARTIR DAS ALEGAÇÕES FINAIS DEFENSIVAS, INCLUSIVE. DEFESA TÉCNICA DOS TRÊS ACUSADOS REALIZADA PELO MESMO MEMBRO DA DEFENSORIA PÚBLICA. TESES

DISTINTAS APRESENTADAS EM FAVOR DOS CORRÉUS *GEORGE E CRISTIANO*, CONSOANTE SEUS RESPECTIVOS INTERROGATÓRIOS. INEXISTÊNCIA OU AUSÊNCIA DE QUALQUER SUSTENTAÇÃO EM FAVOR DO ACUSADO *ULISSES*, O QUAL NEGOU PEREMPTORIAMENTE A PRÁTICA DOS DELITOS IMPUTADOS. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA EM MOMENTO PROCESSUAL DE INQUESTIONÁVEL RELEVÂNCIA PORQUANTO SE TRATAR DAQUELE QUE ANTECEDE A EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (“*A FASE DAS ALEGAÇÕES FINAIS É TAMBÉM ESSENCIAL, PARTICULARMENTE, PARA A DEFESA, JÁ QUE É ALI QUE SE EXPÕEM, MAIS PROFUNDA E AMPLAMENTE, AS DIVERSAS E POSSÍVEIS ARGUMENTAÇÕES EM TORNO DO DIREITO APLICÁVEL, BEM COMO SE FAZ O CONFRONTO ENTRE O MATERIAL PROBATÓRIO PRODUZIDO PELA ACUSAÇÃO E AQUELE PRODUZIDO PELA DEFESA, E/OU EM QUE SE BUSCA INFIRMAR O VALOR PROBATÓRIO DAS PROVAS REALIZADAS PELA ACUSAÇÃO NA FASE DA INSTRUÇÃO*” – DOCTRINA DE EUGÊNIO PACELLI). DISTINÇÃO ENTRE INSUFICIÊNCIA OU FRAGILIDADE DA DEFESA TÉCNICA COM INEXISTÊNCIA OU AUSÊNCIA DA DEFESA. VÍCIO PROCESSUAL QUE DIMENSIONA O ENORME PREJUÍZO PARA O ACUSADO. DESMEMBRAMENTO DO FEITO. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO EM RELAÇÃO AO RÉU CUJA NULIDADE ORA SE RECONHECE. JURISDIÇÃO QUE DEVERÁ SER PRESTADA, EM CONTINUIDADE, PELO MESMO JUIZ QUE CONCLUIU A INSTRUÇÃO CRIMINAL (ART. 399, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL), INDEPENDENTEMENTE DE EVENTUAL REMOÇÃO OU PROMOÇÃO NO ÂMBITO DA PRIMEIRA INSTÂNCIA. *PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ*. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. LIBERDADE DO RÉU QUE SE IMPÕE. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA CONDICIONADO EM SEU FAVOR. *MÉRITO* DOS APELOS DOS ACUSADOS *GEORGE E CRISTIANO*. DENÚNCIA QUE NÃO LOGROU PROVAR MINIMAMENTE QUE OS ACUSADOS *VENDIAM* MATERIAL ENTORPECENTE. TESTEMUNHAS MILITARES QUE NÃO SOUBERAM IDENTIFICAR COM PRECISÃO O QUE FOI APREENDIDO

COM CADA ACUSADO. CONFISSÃO DO RÉU *CRISTIANO* ASSUMINDO ESTAR NA POSSE DE TODO O MATERIAL TÓXICO APREENDIDO. PROVA QUE INDICA A CONDIÇÃO DE MERO COLABORADOR COMO INFORMANTE DO ACUSADO *GEORGE*. JUÍZO DE REPROVAÇÃO QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES QUE SE MANTÉM EM RELAÇÃO AO ACUSADO *CRISTIANO*. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, AFASTANDO-SE O INEXISTENTE MAU ANTECEDENTE AFIRMADO NA SENTENÇA. CIRCUNSTÂNCIA PRIVILEGIADORA ADMITIDA NO SEU GRAU MÁXIMO. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL AO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVAÇÃO DE LIBERDADE POR RESTRIÇÕES DE DIREITOS. ABSOLVIÇÃO DO CRIME ASSOCIATIVO POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA QUANTO ÀS ELEMENTARES DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA IMPUTADA AO ACUSADO *GEORGE* PARA A DO ART. 37 DA LEI Nº 11.343/2006 POR AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA QUE O ACUSADO *GEORGE* NÃO ESTAVA REALIZANDO QUALQUER COMUNICAÇÃO NO MOMENTO EM QUE FOI DETIDO. *MERO ATO PREPARATÓRIO. ATIPICIDADE EM SEDE PENAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE, INCLUSIVE QUANTO AO CRIME ASSOCIATIVO, TAMBÉM POR INEXISTÊNCIA DE PROVAS DAS ELEMENTARES DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO FEITO EM FAVOR DO APELANTE ULISSES. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO DE CRISTIANO. PROVIMENTO DO RECURSO DE GEORGE.*

Por fim, à exceção – a meu ver em equívoco manifesto – das alegações finais nos processos da competência do Tribunal do Júri, a jurisprudência que reconhece *a essencialidade das alegações finais, seja as da acusação ou da defesa*, gize-se, pena de nulidade, passou a ser amplamente sedimentada nos Tribunais Superiores, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*.
HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA.

CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES FINAIS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. O entendimento deste Tribunal Superior é de que a ausência do oferecimento das alegações finais, em processos de competência do Tribunal do Júri, não acarreta nulidade, por constituir, a decisão de pronúncia, mero juízo provisório quanto à autoria e à materialidade. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 444.135/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS. PEÇA NÃO ESSENCIAL. EQUÍVOCO EM CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADES NÃO RECONHECIDAS.

1. “O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a ausência do oferecimento das alegações finais, em processos de competência do Tribunal do Júri, não acarreta nulidade, por constituir, a decisão de pronúncia, mero juízo provisório quanto à autoria e à materialidade.” (HC 347.371/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 22/06/2016)

2. Embora o Juízo sentenciante e o Tribunal de origem tenham reconhecido o erro na certidão de trânsito em julgado da sentença de pronúncia, a defesa não demonstrou em que consistiria o efetivo prejuízo acarretado por tal equívoco, não podendo ser acolhida a alegação de nulidade do feito, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.

3. As alegações de ausência/deficiência de defesa e falta de defesa preliminar e indicação do rol de testemunhas não foram enfrentadas pela Corte de origem, o que impede este Superior Tribunal de Justiça de conhecer dos temas, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido.

(RHC 69.470/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017)

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. DEFESA TÉCNICA. DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÕES FINAIS SUBSTANCIALMENTE VAZIAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM CONCEDIDA.

I. *Tratando-se as alegações finais de peça essencial para a defesa do acusado, o oferecimento de peça substancialmente vazia configura constrangimento ilegal.*

II. Deve ser anulada a ação penal desde as alegações finais, restituindo-se a liberdade do paciente.

III. Ordem concedida. (HC 166.557/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 20/03/2012)

PROCESSO PENAL. CRIME PREVISTO NO DECRETO-LEI 201. GRAVE DEFICIÊNCIA DAS ALEGAÇÕES FINAIS. CONFIGURAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DEFESA. ORDEM CONCEDIDA.

1. *A grave deficiência das alegações finais apresentadas pela defesa, que se limitou a defender tese sem qualquer respaldo na jurisprudência do STF, STJ e dos Tribunais em geral, não abordando teses cabíveis, constitui inequívoca ausência de defesa técnica, pois referida peça é essencial para o exercício das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal. Precedentes do STF e do STJ.*

2. Ordem concedida para anular o processo a partir das alegações finais da defesa, inclusive.

(HC 101.675/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 16/03/2009)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ADVOGADO CONSTITUÍDO: FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS DEFENSIVAS. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO.

SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. CONDENAÇÃO DO PACIENTE, EM SEDE DE APELAÇÃO. PREJUÍZO. NULIDADE DO PROCESSO-CRIME A PARTIR DAS ALEGAÇÕES FINAIS. 1. *As alegações finais defensivas constituem peça essencial do processo-crime.* A falta de nomeação de Defensor Dativo para a respectiva apresentação acarretou evidente prejuízo ao acusado, ainda que absolvido em Primeiro Grau. Prejuízo que se constata, de plano, dado que o réu acabou condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão, ante o provimento da apelação ministerial pública perante o Tribunal de Justiça da Paraíba. 2. A simples apresentação de contrarrazões ao recurso de apelação acusatório não tem a força de substituir, à altura, a relevante fase procedimental das alegações finais defensivas. Precedente específico: HC 73.227, da relatoria do ministro Maurício Corrêa. 3. *Habeas corpus* concedido, com a expedição de alvará de soltura do paciente, se por outro motivo não tiver que permanecer preso. (STF HC 94168 Órgão julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 05/08/2008. Publicação: 19/09/2008)

HABEAS CORPUS. NULIDADE. ALEGAÇÕES FINAIS. INÉRCIA DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. FALTA DE INDICAÇÃO DE OUTRO PROFISSIONAL PELO PACIENTE. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO OU DATIVO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VÍCIO INSANÁVEL.

1. *A teor do art. 564, IV, do CPP, configura ofensa ao princípio do due process of law, do contraditório e da ampla defesa, a ausência de nomeação de defensor público ou dativo ao réu, nos casos em que o profissional constituído, embora devidamente intimado, mantém-se inerte na fase do art. 500 do CPP e não apresenta as essenciais alegações finais, restando evidente prejuízo, para o reconhecimento da nulidade absoluta do feito, haja vista a prolação de sentença condenatória.*

2. Diante da impossibilidade de *reformatio in pejus*, com a anulação do processo, constatada a ocorrência do lapso necessário, por ser matéria de ordem pública, impende declarar extinta a punibilidade do paciente, pela caracterização da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa.

3. Ordem concedida para anular o processo a partir da sentença, inclusive, extinguindo-se a punibilidade do paciente.

(HC 96.920/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 20/10/2008)

Instrução criminal. Defensor constituído/defensor nomeado. Alegações finais (defensor nomeado). Defesa (falta/deficiência).

1. As alegações são essenciais, sendo então vedado ao juiz sentenciar o processo sem providenciar o suprimento de eventual omissão do defensor.

2. Quando apresentadas pelo defensor nomeado para o ato as alegações, a nulidade ocorrerá apenas se forem elas deficientes. É a falta de alegações que implica a nulidade.

3. Caso, porém, em que o defensor público exerceu a contento a tarefa para a qual fora nomeado, não se podendo falar sequer de defesa deficiente. Súmula 523/STF.

4. Em casos tais, impõe-se também, tornando o defensor constituído aos autos, que a nulidade seja de pronto suscitada.

5. Ordem denegada. (HC 37.985/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2005, DJ 06/06/2005, p. 373)

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÕES FINAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO APRESENTADAS FORA DO PRAZO LEGAL. ATRASO JUSTIFICADO. PEÇA ESSENCIAL À REGULARIDADE DO PROCESSO. PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO FORMULADO PELA DEFESA. INDEFERIMENTO. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Sendo as alegações finais peça imprescindível à regularidade do processo, e tendo em vista que a extrapolação do prazo para o seu oferecimento deu-se por motivo plenamente justificado, inexistente constrangimento ilegal na decisão do Magistrado que indefere o pedido de desentranhamento da referida peça processual.

Recurso desprovido. (RHC 9.593/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2000, DJ 07/08/2000, p. 119)

Como pode ser constatado, Sergio Demoro Hamilton é um processualista cujos estudos e reflexões sempre estiveram à frente do seu tempo e o autor deste singelo estudo se sente orgulhoso de ser contemporâneo a DEMORO, com ele convivendo no quarto de século em que, honradamente, integrou o *Parquet*, antes de seu ingresso na magistratura estadual.

A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro e a celebração de acordo de colaboração premiada pela autoridade policial: um paradoxo que confirma a falácia

*Kledson Dionysio de Oliveira**

*Antonio Sergio Cordeiro Piedade***

“À clássica máxima ‘Ainda haverá juízes em Berlim!’, a lógica do constitucionalismo garantista impõe, portanto, que se acrescente a máxima ‘Haverá também um Ministério Público em Berlim!’ capaz de solicitar, sempre e quando necessária, a intervenção de um juiz contra as violações das leis e da Constituição.”¹

Sumário

1. Introdução. 2. A eleição constitucional do binômio *sistema acusatório – titularidade do Ministério Público*. 3. A essencialidade do sistema acusatório na lógica constitucional de proteção dos direitos fundamentais. 4. A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508/DF. 5. O caminho que parte de uma errada premissa conduz a uma falsa conclusão. 6. As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, não o inverso. 7. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Conforme apontado por Sergio Demoro Hamilton, no “cipoal de leis”² que dificulta a efetiva sistematização da legislação processual penal brasileira, ainda

* Mestrando em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Especializado em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso.

** Doutor e Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).

¹ FERRAJOLI, Luigi. Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19.

² HAMILTON, Sergio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, 2000, p. 191-206.

vicejam diversas normas que, arquitetadas em períodos de cultura jurídica anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, atribuem à polícia criminal funções e iniciativas que claramente transbordam do seu propósito de investigar infrações penais na fase pré-processual e, por conseguinte, não se assemelham alinhadas com o sistema acusatório coroado por diversos princípios fundamentais processuais explícitos (*v.g.*, devido processo legal, contraditório e ampla defesa), além da atribuição constitucional conferida ao Ministério Público quanto à titularidade privativa da ação penal pública.

As pontes de contato que interligam o direito processual penal e o direito constitucional impõem que prevaleça no ordenamento jurídico a preferência esposada pela Carta da República pelo sistema acusatório³ e, por conseguinte, determinam a releitura constitucionalizada de toda a legislação processual ordinária, de maneira a desembaraçar os densos nós desse “cipoal normativo”, assumindo-se como propósitos a integração de toda a arquitetura legal anterior a 1988 às regras e princípios informadores da nova ordem constitucional, bem como a adequada modelagem das feições de todas as instituições públicas encarregadas da persecução penal.

No entanto, a problemática que envolve a efetiva compreensão e acatamento do influxo normativo do sistema acusatório no âmbito de um constitucionalismo garantista que visa à proteção integral dos direitos fundamentais se revela diante da constatação de que, mesmo após três décadas da promulgação da Carta da República, ainda se verifica uma perseverante produção legislativa absolutamente desconforme com o modelo constitucional vigente, do que é exemplo atual o art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei Federal nº 12.850/2013, que passou a conferir a delegados de polícia a possibilidade de celebração de termos de colaboração premiada, com a concessão de benefícios a investigados que podem chegar até ao perdão judicial.

Pretende-se, pois, discutir no presente trabalho a invalidade da norma processual em referência à luz da nova ordem constitucional, bem como realizar a análise, em face do sistema acusatório, do julgamento do Supremo Tribunal Federal que declarou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508/DF.

³ “O processo penal acusatório e de partes está claramente delineado na Constituição Federal de 1988 com a consagração da: (i) separação das funções do Poder (art. 2º), (ii) direitos e garantias individuais (devido processo legal e aceitação dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, art. 5º e seus parágrafos), (iii) titularidade da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I CF), (iv) constitucionalização da função do advogado (art. 133 CF), (v) instituição de defensorias públicas (art. 134 CF) e (iv) desvinculação do MP dos quadros do Poder Executivo (capítulo IV do título IV da CF).” (ABADE, Denise Neves. Inexistência do princípio da verdade real no processo penal garantista. In: *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 81).

2. A eleição constitucional do binômio sistema acusatório – titularidade do Ministério Público

À luz do disposto no art. 129, incisos I e VIII, da Constituição Federal, desenha-se o sistema acusatório no constitucionalismo brasileiro, o qual confere a titularidade privativa da ação penal pública ao Ministério Público, instrumentalizado pelo controle externo da atividade policial. O delineamento realizado pelo Poder Constituinte para o funcionamento do sistema de justiça criminal teve o claro propósito de preservar a imparcialidade do órgão julgador, ao mesmo tempo em que buscou conferir ao órgão acusador a atribuição probatória e a iniciativa da persecução penal, com a operacionalização dos meios necessários às referidas funções.

Como consectário da titularidade privativa da ação penal pública e do controle externo da atividade policial, exsurge a lógica atribuição do Ministério Público de conhecer e de dirigir toda a atuação investigatória que haverá de subsidiar a persecução penal em juízo.

Nesse sentido, convém mencionar o teor de parecer da lavra do magistrado Nagib Slaib Filho, no âmbito da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, em 24/10/1988, conforme citado por Marcellus Polastri Lima, no sentido de que:

[o] controle externo da atividade policial, referido no inciso VII, a ser exercitado pelo Ministério Público, certamente abrangerá o controle do inquérito policial, como prevê o inciso VIII, mesmo porque, se não fosse assim, nada haveria a ser controlado externamente, pois o inquérito policial expressa a principal atividade da Polícia Judiciária, nos termos do art. 144, §4º da CF.⁴

O controle ministerial das diligências circunscritas à fase investigatória, indispensáveis à adequada promoção da ação penal pública, decorre, pois, do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal.⁵ Conforme apontado pelo Ministro Celso de Mello, por oportunidade do julgamento do *Habeas Corpus* nº 68.242, a:

[f]ormação da *opinio delicti* compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do

⁴ LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução penal*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 71.

⁵ *Idem*, p. 127-128.

Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia.⁶

Como consequência do sistema acusatório, qualquer atuação judicial que represente, *v.g.*, a determinação de medidas probatórias que não encontrem alicerce em manifestação expressa e fundamentada do Ministério Público, diante do seu posicionamento no sistema, representa hipótese de desempenho *ex officio* da atividade judiciária.⁷ Tal posicionamento abrange, inclusive, eventuais providências cautelares objeto de representação pela autoridade policial, tendo em vista que se trata de agente destituído de legitimidade para o exercício da ação principal.

A condução dos trabalhos policiais de investigação através da participação ativa do Ministério Público não consubstancia modelo isolado do constitucionalismo brasileiro, mas, antes, representa uma constante nos sistemas de justiça criminal de diversos países, onde a iniciativa do órgão acusador pauta e condiciona a atuação dos órgãos policiais de investigação, jamais o contrário.⁸

3. A essencialidade do sistema acusatório na lógica constitucional de proteção dos direitos fundamentais

O princípio acusatório, sinteticamente representado pela necessária separação de funções entre os órgãos acusador e julgador, figura entre os axiomas que formam a base das garantias penais e processuais do modelo garantista (*nullum iudicium sine accusazione*).⁹ Dessa maneira, um sistema penal somente pode ser considerado alinhado com a tutela e o respeito integral de direitos e garantias desde que capaz de respeitar integralmente todas as dimensões do sistema acusatório.

⁶ Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Habeas Corpus* nº 68.242. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 06 de novembro de 1990.

⁷ “[...] todo provimento judicial, sem pedido explícito e fundamentado do titular da ação penal, significará que a autoridade judiciária age de ofício. Contudo, é princípio geral de direito – *nullum iudicium sine accusazione* – no sentido de que a função jurisdicional não pode ser iniciada pelo próprio órgão judicante, uma das expressões do princípio acusatório. De igual modo, agir provocado por pessoa não legítima equivale a agir de ofício.” (SILVA, Edimar Carmo da Silva. *O princípio acusatório e o devido processo legal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 110).

⁸ “A participação ativa do promotor de justiça na fase investigatória é verificada na maioria dos países do mundo. Nos Estados Unidos, a polícia não tem poder de efetuar buscas ou expedir notificações senão mediante autorização judicial obtida por intermédio do promotor de justiça. Na França, a tarefa investigativa realizada pela polícia é dirigida pelo Ministério Público, a quem são comunicadas as prisões para averiguações, que duram vinte e quatro horas, prorrogáveis por autorização escrita do promotor. Na Itália, os agentes policiais exercem suas atribuições de polícia judiciária sob a direção da magistratura requerente (o Ministério Público italiano). Na Espanha, o Ministério Público dirige e promove os trabalhos investigatórios, para os quais conta com auxílio da polícia, que lhe é subordinada. Em Portugal, a polícia judiciária é órgão auxiliar do Ministério Público. Também na Alemanha o Ministério Público dirige e fiscaliza a polícia de investigação.” (SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 87).

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed. rev., 2002, p. 75.

Referimo-nos às dimensões do sistema acusatório porque, tratando-se de um sistema, ele não se resume limitadamente à proteção da imparcialidade do órgão julgador relativamente ao conflito penal a ser solucionado nem volta a sua atenção à tutela de apenas uma das suas partes. Conforme se infere do que restou acima apresentado, o sistema acusatório abrange, também, a plena independência do órgão acusador quanto à imparcial adoção da perspectiva acusadora e na definição das provas a serem produzidas em juízo.

Nesse contexto, a atuação do Ministério Público sempre se vincula à promoção da ampla eficácia dos direitos humanos e fundamentais e de garantia integral desses mesmos direitos, desde o respeito a todos os direitos individuais de réus e investigados até o efetivo cumprimento do direito fundamental à tutela penal consagrado no art. 5º, inc. LIX, da Constituição Federal e o atendimento das obrigações positivas de proteção, extraídas da jurisprudência do sistema interamericano de proteção de direitos humanos.¹⁰

Dessa maneira, o alijamento do Ministério Público, enquanto órgão legitimado a acusar, de quaisquer das etapas atinentes ao desenvolvimento da investigação em sua fase pré-processual ou da persecução penal em juízo, retira do sistema de justiça criminal um filtro de direitos e de garantias fundamentais, tanto de réus e investigados quanto da sociedade¹¹, estabelecido sobre e após os elementos extraídos da fase inquisitória da investigação.

A certeza daquele amplo papel desempenhado pelo órgão de acusação na observância da extensa eficácia de todos os direitos e garantias fundamentais se aprofunda ante a constatação de que, ao mesmo tempo em que ao Ministério Público compete a titularidade exclusiva da ação penal pública, o art. 127 da Carta da República atribui explicitamente ao órgão ministerial a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Dessa maneira, sobre a função acusatória do Ministério Público se soma uma conotação notavelmente garantista de bens, direitos e interesses fundamentais, próprias do seu papel essencial de fiscal da lei.¹²

¹⁰ “Al igual que las obligaciones negativas referidas, la Corte Interamericana ha observado que de la libertad de asociación también ‘se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad’. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, Mérito, Reparaciones e Custas, sentencia de 03 de abril de 2009, Serie C, nº 196).

¹¹ “Permitir relação direta entre polícia e juiz na condução de procedimentos criminais de qualquer espécie, com o alijamento do Ministério Público, como se vê aqui e acolá, é decisivamente contrário à proteção dos direitos fundamentais, porquanto tende a fortemente contaminar a imparcialidade (e, por conseguinte, a independência) judicial.” (SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. p. 189).

¹² “É titular do direito de agir, subordinando-se, como parte, às regras de procedimento, porém não perde, em sua atuação penal, o destino de fiscal da lei, sobretudo quanto à observância do devido processo legal na sua aceção mais ampla. Seu interesse de agir é de ordem pública, logo, genérico, razão pela qual pode vir a pedir a absolvição do réu no decorrer do processo, recorrer em seu favor, impetrar *habeas corpus* ou mandado de segurança para proteger-lhe direito líquido e certo.” (ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. p. 84-85).

Segundo Luigi Ferrajoli, as atribuições garantistas do Ministério Público nas engrenagens de um sistema legitimamente acusatório representam um fundamental postulado teórico do estado de direito, haja vista que “o sistema das garantias jurisdicionais dos direitos – quando não se tratar dos direitos patrimoniais disponíveis, como acontece no processo civil – deve sempre ser integrado, mais do que por um juiz, por um órgão capaz de ativá-lo.”¹³

Denota-se, portanto, que a nítida separação de funções que configura o sistema acusatório não visa apenas à proteção dos direitos individuais de réus e investigados, no sentido de garantir que o seu julgamento seja revestido por uma plena imparcialidade do órgão julgador. Evidentemente, a realização de providências de investigação criminal capazes de impor restrições a direitos humanos e fundamentais de investigados, réus ou terceiros independente ou contrariamente ao posicionamento do órgão de acusação, a quem efetivamente se destina e aproveita a prova do inquérito e a quem compete a realização da prova em juízo, significa, em *ultima ratio*, hipótese de restrição desnecessária e, por conseguinte, antijurídica e inconstitucional a direitos fundamentais.

Aprofunda-se a verdade de tal posicionamento diante da constatação de que no constitucionalismo garantista, preocupado com a tutela integral dos direitos, não basta a existência de um órgão acusador em estado de separação do órgão julgador, mas avulta a necessidade de que o órgão acusador seja também independente e imparcial na avaliação de todos os elementos da prova e das questões que possam influir na pretensão penal, consequências que se buscam extrair, inclusive, do princípio do Promotor Natural.¹⁴

Nesse contexto, denota-se que, quando realiza a celebração do instrumento da colaboração premiada, o réu ou investigado renuncia ao exercício do direito a não autoincriminação, ao direito ao silêncio e assume obrigações cogentes na apresentação de elementos probatórios idôneos a amparar a eventual imputação de ilícitos a outros agentes criminosos; assumindo, inclusive, condição jurídico-processual diferenciada relativamente aos demais acusados não colaboradores.¹⁵

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19.

¹⁴ “O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável.” (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 67759-2 RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 06 de agosto de 1992).

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 166373 PR. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 02 de outubro de 2019.

Inequívoco, pois, que, na medida em que o Ministério Público, destinatário real dos elementos probatórios colhidos na fase inquisitorial e titular da ação penal pública, avalia de modo condicionante a necessidade e a pertinência da celebração do acordo de colaboração premiada no manejo e no resultado exitoso da ação criminal (com respeito aos direitos individuais do agente criminoso e na tutela dos mais legítimos direitos e interesses da sociedade), o sistema acusatório se relaciona e se vincula como elemento lógico de um garantismo constitucionalista destinado à tutela da integralidade dos direitos e garantias fundamentais.

4. A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508/DF

Fixadas as premissas acima apresentadas, importa no presente trabalho realizar a análise dos principais pontos do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508/DF, proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na data de 20 de junho de 2018, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, especialmente relacionados à discussão do sistema acusatório.

A ADI em referência foi proposta na data de 28 de abril de 2016 pelo Procurador-Geral da República, tendo como objeto o art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei Federal nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, relativamente às disposições legais que atribuem a delegados de polícia a iniciativa de celebração de acordos de colaboração premiada.¹⁶

A ADI proposta fundamentou-se especialmente no entendimento de que os dispositivos legais impugnados, nos trechos em que atribuem a delegados de polícia a iniciativa de acordos de colaboração premiada, ofendem o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF), o princípio da moralidade (art. 37, *caput*, da CF), o princípio acusatório e a titularidade da ação penal pública (art. 129, inc. I, da CF), a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público (art. 129, § 2º, da CF) e a função constitucional da polícia (art. 144, §§ 1º e 4º, da CF).

¹⁶ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

[...]

§6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Na data de 20 de junho de 2018 o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou improcedente a referida ADI, observada a decisão de julgamento publicada no DJE e no DOU de 25/06/2018.¹⁷

O plenário do STF declarou a constitucionalidade do art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei Federal nº 12.850/2013, em síntese, pelas seguintes razões: i) a possibilidade de a autoridade policial, no curso do inquérito policial, representar ao Poder Judiciário pela concessão de perdão judicial ao colaborador (art. 4º, §2º), não se trataria de questão afeta ao modelo acusatório, relacionando-se com o direito de punir do Estado (exercido com exclusividade pelo Poder Judiciário); ii) a representação da autoridade policial pela concessão do perdão judicial não obstaría o oferecimento de denúncia, haja vista que a punibilidade restaria extinta quando comprovada a eficácia do acordo; iii) o art. 4º, §6º, da Lei Federal nº 12.850/2013 não afastaria a participação do Ministério Público do acordo, contribuindo para a desburocratização do instituto penal; iv) os dispositivos não ofenderiam a norma de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, haja vista a existência de previsão específica de manifestação ministerial, com a possibilidade de oferecimento de objeções; v) os benefícios ajustados não obrigam o órgão julgador, pois a norma prevê que, na prolação da sentença, serão estipulados os benefícios, situação que não se confundiria com o estágio de propositura ou não da ação penal, onde o Ministério Público é soberano; vi) as normas impugnadas se encontrariam em conformidade com as atribuições dos delegados de polícia, observado que a concentração de poder no órgão ministerial desvirtuaria a razão de lei; vii) a supremacia do interesse público não admite que o debate constitucional seja pautado por interesses corporativos.

5. O caminho que parte de uma errada premissa conduz a uma falsa conclusão

O resultado do julgamento da ADI 5508/DF encontra-se primacialmente assentado nas razões jurídicas esposadas pelo voto do Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, que, como ponto de partida de seu raciocínio jurídico, tratou de fixar a natureza do instituto da delação premiada como simples e mero elemento de obtenção de prova.

A delação premiada nada mais é do que depoimento revelador de indícios de autoria e materialidade criminosos, que, por si só, porquanto originado de um dos envolvidos na prática delitativa, não serve à condenação de quem quer que seja.

[...]

¹⁷ Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido, assentado a constitucionalidade do §2º e do §6º do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar o Relator, os Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.6.2018.

Em síntese, o que é a delação premiada? É simples depoimento, prestado à autoridade, que será considerado, inclusive sob o ângulo das consequências, na hora devida, pelo órgão julgador, para fins de reconhecimento de benefícios, descritos na Lei.¹⁸

Deve-se ter em conta, no entanto, que a imprecisa simplificação do complexo instituto da delação premiada levada a efeito pelo Ministro Relator despreza a íntima relação daquela ferramenta, que, antes de se tratar de mero meio de obtenção de prova, representa um genuíno negócio jurídico-penal (acordo), haja vista que gerador de sérios vínculos de natureza material entre o Estado e o colaborador no âmbito da persecução e da aplicação da lei penal, com a irradiação de consequências sobre a efetividade e o objeto da ação penal pública.

Para que se compreenda a dimensão do referido acordo, basta verificar que o art. 4º, §14, da Lei Federal nº 12.850/2013 prevê como requisito (cláusula) para a sua eficácia que o colaborador renuncie ao próprio direito fundamental ao silêncio e se sujeite ao compromisso legal de dizer a verdade.¹⁹ Neste ponto, por oportuno, convém consignar uma impropriedade técnica da lei, haja vista que, devido à característica da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, em verdade o colaborador renuncia ao “exercício” do direito fundamental ao silêncio, e não propriamente a esse direito (observado que sempre poderá optar por sofrer as consequências da quebra do acordo de colaboração na hipótese de decidir exercer o seu irrenunciável direito constitucional fundamental).

Dessa maneira, se, por um vértice da negociação, o colaborador abre mão do exercício de direitos e garantias fundamentais e também se dispõe a fornecer ao Estado elementos de prova sobre as ações criminosas de que participou e das quais possui conhecimento, com a finalidade de viabilizar a efetividade da ação penal pública, por outro vértice, a legislação autoriza o Estado a transigir quanto ao objeto da ação penal que a colaboração firmada deve viabilizar. Na medida em que o art. 4º, *caput*, da Lei Federal nº 12.850/2013 permite que se conceda ao colaborador os benefícios do perdão judicial, da redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou da sua substituição por restritiva de direitos, a transação proposta pelo Estado no acordo em referência naturalmente afeta o conteúdo da pretensão punitiva veiculada através da ação penal (ensejando até mesmo a extinção da punibilidade do colaborador – art. 107, inc. IX, do CP). De acordo com Gustavo Henrique Badaró, a “pretensão punitiva seria o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. [...] Porém,

¹⁸ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508 DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 20 de junho de 2018.

¹⁹ Art. 4º [...]

§14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

tal pretensão não poderá ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal nem o infrator submeter-se à pena.”²⁰

A visão reducionista proposta naquele julgamento bem reflete a despreocupação do sistema de justiça criminal com o dever primacial de efetividade de que se deveria revestir toda a atividade jurisdicional. Obviamente o sistema acusatório não se resume à simples formalidade de propositura da ação penal, mas implica, necessariamente, o desenvolvimento de uma pretensão criminal condenatória segundo as diretrizes objetivamente estabelecidas no ordenamento penal. Precisamente nesse sentido, Geraldo Prado ressalta que, à luz do princípio acusatório, o manejo da ação penal pelo Ministério Público “não se limita a iniciar o processo, pois o autor deseja ver reconhecida a pretensão que deduz, embora o não reconhecimento não implique afirmar-se a inexistência do direito de ação.”²¹

Denota-se, pois, que o exercício da ação penal pelo Ministério Público não deve ser compreendido como uma simples “liberdade para protocolar a denúncia”, dimensão formal e descomprometida com o princípio constitucional da eficiência (art. 5º, incs. XXXV e LIV, da CF); sendo certo, por outro lado, que o exercício da ação penal pública deve ser entendido em face de um amplo horizonte de busca de efetividade quanto à imposição ao agente infrator das consequências punitivas que se encontram fixadas na lei em sentido estrito. Evidentemente, um negócio jurídico-penal, lavrado por quem não possui a legitimidade constitucional para o exercício da ação penal pública e que visa a mitigar o conteúdo da própria pretensão punitiva, ainda que sob o pretexto da obtenção de prova, afeta diretamente o conteúdo da pretensão de titularidade privativa do Ministério Público (art. 129, inc. I, da CF), além de claramente desbordar dos limites instrumentais do inquérito policial, submetido ao controle externo do órgão ministerial.

Nesse norte de entendimento, afigura-se juridicamente incoerente admitir que o Ministério Público tenha a titularidade privativa do instrumento (ação penal pública), mas, no entanto, outros sujeitos estejam autorizados a transacionar quanto à pretensão que deve ser veiculada de maneira exclusiva através daquele mesmo instrumento (a pretexto, reitere-se, de obtenção de uma prova que o titular da ação penal pode reputar completamente desnecessária ao exercício da pretensão punitiva).

Conforme apontado por José Afonso da Silva, a ação penal tem natureza instrumental relativamente à pretensão punitiva, que consubstancia o próprio *jus puniendi*.²² Portanto, na prática, a autorização legal para a celebração de acordo de colaboração premiada pela

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

²¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 134.

²² “Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Como já se mencionou antes, esse é o campo próprio do Ministério Público. Ele é o instrumento pelo qual se realiza a pretensão punitiva, dita *jus puniendi*, do Estado, que se origina da prática de crime. Quer dizer: no fundo, o Ministério Público é o

autoridade policial representa a disposição da pretensão punitiva por agente que não detém a titularidade para o exercício da ação penal pública, a qual consubstancia medida continente da referida pretensão.

De acordo com o entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADI 5508/DF, mesmo o oferecimento do benefício do perdão pela autoridade policial não representaria hipótese de cerceamento à titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público, tendo em vista que a colaboração nesses termos não obstaría o oferecimento da denúncia e o perdão somente surtiria efeitos jurídicos por oportunidade da sentença.

A visão simplista perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal, fechado em uma perspectiva estática do sistema acusatório, exclusivamente circunscrito a uma função exaurível na prática de um único ato processual, não leva em consideração o sistema acusatório em sua perspectiva dinâmica, composta por um conjunto de atos e pela configuração constitucional de uma instituição, ambos direcionados à efetivação de uma determinada pretensão objetivamente estabelecida pelo ordenamento.

Nesse sentido, se mostram novamente valiosas as lições de Geraldo Prado.

[...] não se deve controverter a respeito do significado e alcance daquilo que se entende por acusação. Não se trata, a nosso juízo, somente de oferecer uma petição inicial, em processo penal pelo qual se pretenda a condenação de alguém. Não se resume a isso, a só um ato, de acordo com Conso, mas, sem dúvida, acusar implica referir-se a uma função e ainda a um órgão, a um conjunto de atos e a um determinado sujeito.²³

Para que não reste dúvida sobre os pontos tratados, anteriormente ao julgamento da ADI 5508/DF, o próprio STF, por oportunidade do julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483/PR, descreveu o acordo de colaboração premiada como um negócio jurídico personalíssimo, ao qual se agrega um efeito de direito material, o qual é representado pela sanção premial que deve necessariamente ser concedida ao efetivo colaborador, sob pena de inadmissível ofensa pelo Estado aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se

agente do *jus perseguendi* pelo qual se busca a efetivação do *jus puniendi*.” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 614).

²³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 132.

agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

[...]

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.²⁴

Evidencia-se, portanto, que a fixação de uma premissa simplista quanto à natureza do acordo de colaboração premiada como mais um instrumento remodelado de obtenção de prova, automaticamente integrante do cardápio de atuação investigativa das autoridades policiais, levou o STF ao equivocado julgamento da ADI 5508/DF, resultando em desconsideração da ressonância do instituto no conteúdo material da pretensão punitiva e, por conseguinte, nas prerrogativas constitucionais do Ministério Público. Nesse mesmo sentido, atente-se para a certeza de que a formulação de uma proposta e a conseguinte celebração de um acordo de colaboração premiada demandam necessariamente profundos juízos prévios de valoração jurídico-penal dos fatos criminosos sob apuração, bem como das respectivas responsabilidades penais deles decorrentes, atividades que, obviamente, se inserem no âmbito de prerrogativas do Ministério Público por imperativo do art. 129, inc. I, da CF e, jamais, no estreito âmbito de avaliação da autoridade policial, o qual não deve investir contra o campo de avaliação do órgão ministerial no horizonte da persecução penal a se desenvolver em juízo, mas que, antes, deve ser pautado e externamente controlado pelo Ministério Público.

Demonstrando a procedência do atual entendimento, Edilson Mougenot Bonfim, em lição sobre a elaboração do relatório que encerra o inquérito policial (art. 10, §1º, do CPP), esclarece que:

[a] autoridade policial, com a conclusão do inquérito, deverá elaborar minucioso relatório do que houver apurado. O relatório deverá conter apenas a narrativa, isenta e objetiva, dos fatos apurados. A autoridade policial não deve emitir juízo de valor ou tecer considerações acerca da culpabilidade do investigado ou da antijuridicidade da conduta.²⁵

²⁴ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 127.483 PR. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015.

²⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de processo penal anotado*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94.

Neste ponto em específico, a legislação processual penal e a lição da doutrina encontram respaldo no arcabouço constitucional à vista do sistema acusatório eleito pela Carta da República.

Navegando nesse norte, Sergio Demoro Hamilton ressalta o caráter instrumental do inquérito policial, o qual não possui uma finalidade em si mesmo, mas se destina à formação do entendimento do Ministério Público sobre as circunstâncias dos crimes.²⁶ O mestre novamente ressalta o seu posicionamento, consignando que na fase pré-processual não se afigura sequer adequado tratar da produção de provas, as quais devem ser colhidas no curso da instrução criminal, mas sim da na coleta de elementos destinados ao convencimento do órgão ministerial.²⁷

Tais breves considerações prestam-se a demonstrar, ainda, que não se pode desvincular completamente, segundo pretende o Ministro Relator da ADI 5508/DF, o manejo da ação penal e a pretensão punitiva, haja vista que *nulla culpa sine iudicio* e *nullum iudicium sine accusatione*.

Não obstante o Ministro Relator tenha lançado a advertência de que interpretações que visem a concentrar poder no órgão acusador desvirtuaria a própria razão de ser da Lei Federal nº 12.850/2013, a verdade é que o conteúdo da decisão sob análise culmina por justamente concentrar ainda mais poder nos órgãos julgadores, mas, desta vez, com grave ofensa ao sistema acusatório e, por consequência, ao princípio constitucional da imparcialidade do órgão julgador.

Recaindo exclusivamente sobre o Ministério Público a carga *probandi* da ação penal de que é o titular, não pode e não deve o órgão ministerial deixar de ocupar posição determinante quanto à oportunidade, à conveniência e até mesmo à necessidade de um meio de obtenção de prova com efeitos severamente mitigadores sobre o conteúdo da pretensão punitiva.²⁸ Conforme acima exposto, a eleição constitucional do sistema acusatório impõe a exclusividade da atuação do Ministério Público na celebração de acordos de colaboração, conforme, aliás, ocorre no sistema criminal de outros países, onde o sistema acusatório se assemelha consolidado na cultura jurídica.²⁹

²⁶ “Ofenderia os mais mezinhos princípios da lógica fazer do inquérito policial um fim em si. Não! Ele reveste caráter instrumental e existe, basicamente, para ensejar ao Ministério Público a formação da *opinio delicti*. E só!” (HAMILTON, Sergio Demoro. *Temas de processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 215)

²⁷ “[...] na fase pré-processual não há falar em provas, na sua acepção técnica, mas em mera colheita de dados que possa ensejar a formulação da acusação. Assim mesmo, nessa fase, em uma leitura do texto à luz da Constituição Federal, não se deveria admitir a atuação de ofício do juiz na fase do inquérito, aguardando-se sempre a iniciativa do Ministério Público.” (HAMILTON, Sergio Demoro. *Estudos de processo penal: 4ª série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 134)

²⁸ “[...] sendo o Ministério Público o *dominus litis*, constituindo-se no órgão que irá formar a *opinio delicti* e deduzir a acusação em juízo, obviamente será o órgão que terá condições de apreciar a necessidade desta ou daquela diligência [...]” (LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução penal*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 75).

²⁹ No direito norte-americano, “a iniciativa para fins de colaboração processual é exclusiva do órgão responsável pela acusação, cujo representante tem ampla discricionariedade para negociar com o acusado colaborador (*plea*

Marcellus Polastri Lima é categórico em apontar que, à luz da Carta da República, a ingerência do Poder Judiciário na coleta de provas na fase pré-processual representa fonte de inconstitucionalidade.

[...] dispondo o art. 129, I, da Constituição Federal, que compete ao Ministério Público a exclusividade da promoção da ação penal pública e examinando-se os demais incisos do art. 129, mormente o VII, que confere o controle externo da atividade policial ao *Parquet*, não há dúvida de que constitucionalmente foi adotado no Brasil o sistema acusatório puro, sendo assegurada ao Ministério Público a função de controle da fase investigatória e a de parte na promoção da ação penal pública. Destarte, qualquer ingerência do magistrado na coleta de provas na fase investigatória importará em inequívoca inconstitucionalidade.³⁰

No contexto do sistema acusatório vigente, quando o Poder Judiciário homologa um meio de obtenção de prova, com efeitos claramente restritivos à pretensão punitiva, bem como capaz de impor restrições à eficácia de direitos e garantias fundamentais, à revelia ou ante a contrariedade do órgão que a Carta da República estabelece que deve se desincumbir da produção da prova na ação penal, o órgão judiciário acaba por ofender o princípio constitucional da imparcialidade, em indevida substituição do papel institucional do Ministério Público.³¹

6. As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, não o inverso

Com o propósito de demonstrar a constitucionalidade das normas impugnadas na ADI 5508/DF, o Ministro Relator, invocando o princípio da vedação de proteção insuficiente, sustentou que não se poderiam promover restrições às prerrogativas legais de investigação da polícia, haja vista que esta se trata da única instituição com função principal investigativa.

bargaining), podendo inclusive dispor da ação, estando reservada ao juiz a homologação desse acordo.” (SILVA, Eduardo Araújo. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 86).

³⁰ LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 127.

³¹ “A titularidade da acusação implica a atribuição do ônus da imputação (*nullum crimen, nulla culpa sine accusatione*) e do ônus probatório (*carga probandi*) ao Ministério Público, um dos elementos essenciais do sistema acusatório, como pondera Ferrajoli.” (SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Coord.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 171).

Sendo a polícia a única instituição que tem como função principal o dever de investigar, surge paradoxal promover restrição das atribuições previstas em lei.

Retirar a possibilidade de utilizar, de forma oportuna e célere, o meio de obtenção de prova denominado colaboração premiada é, na verdade, enfraquecer o sistema de persecução criminal, inobservando-se o princípio da vedação de proteção insuficiente.³²

Ao contrário do apontado na fundamentação acima, não é a previsão contida em lei de uma prerrogativa de investigação em favor da polícia que, por adequação à finalidade institucional descrita no art. 144 da CF, torna tal prerrogativa automaticamente constitucional.

Se tal entendimento fosse verdadeiro deveria ser admitida a validade de lei que, por exemplo, visando a satisfazer o princípio da proteção insuficiente e do interesse de desburocratização dos institutos investigativos, autorizasse o delegado de polícia a violar o sigilo de dados e de comunicações telefônicas de suspeitos, independentemente de prévia manifestação do Ministério Público e autorização judicial.

Realizando uma filtragem constitucionalizada da legislação ordinária, a mesma força normativa que o disposto no art. 5º, inc. XII, da CF ostentaria para invalidar a hipotética lei invasora de prerrogativas judiciais também deveria ser atribuída ao art. 129, inc. I, da CF para conformar a Lei Federal nº 12.850/2013 ao perfil acusatório e às prerrogativas constitucionais do Ministério Público.

Ressalte-se, ainda, a impertinência da suscitação do princípio da vedação de proteção insuficiente para declarar a constitucionalidade dos dispositivos legais impugnados, observado que os fundamentos da ADI 5508/DF não se voltam contra o instituto da colaboração premiada, sem o mínimo prejuízo à sua eficiente utilização em qualquer nível de persecução penal, mas, antes, buscam conferir segurança jurídica, bem como promover a racionalização constitucional daquele instrumento, condicionando o seu manejo e os seus limites à avaliação criteriosa da instituição titular da ação penal onde o instituto da colaboração premiada deve lançar seus efeitos finalísticos.

Ademais, muito ao contrário do sustentado pelo Ministro Relator, o compartilhamento com outra instituição, subordinada administrativamente a órgãos do Poder Executivo, que não goza das atribuições, garantias e prerrogativas constitucionais do Ministério Público, relativamente à possibilidade de celebração de acordos criminais que podem levar à extinção da punibilidade de agentes integrantes de perigosas organizações criminosas, constitui circunstância que, ao invés de prestigiar, vulnera o princípio da vedação de proteção insuficiente.

³² Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 20 de junho de 2018.

7. Conclusão

Diante dos breves apontamentos acima apresentados, afigura-se impositiva a conclusão de que o julgamento da ADI 5508/DF partiu de premissas equivocadas e divergentes sobre o entendimento do próprio STF quanto à natureza do instituto da colaboração premiada, culminando com a declaração de constitucionalidade de dispositivos legais absolutamente incompatíveis com o perfil constitucional do Ministério Público e com o modelo de sistema acusatório perfilhado pela Carta da República, ensejando, ainda, ofensas ao princípio fundamental do devido processo legal tanto em seu aspecto substantivo quanto instrumental e ao princípio constitucional da imparcialidade do órgão julgador.

Reconhece-se, ainda, como consequência dos apontamentos realizados, o severo enfraquecimento do próprio instituto da colaboração premiada, em virtude da clara depauperação da sua segurança jurídica.

Infelizmente, no julgamento sob comento, o STF demonstrou que ainda não detinha o amadurecimento necessário para o debate sobre o importantíssimo instituto apreciado, reduzindo-o a um conceito demasiadamente simplista, bem como não compreendeu a finalidade democrática da ADI proposta, enxergando-a como uma “nefasta queda de braço” entre instituições, através de uma lente própria e ferina de avaliação (naturalmente divorciada da melhor técnica de julgar).

Paradoxalmente, ao afirmar naquele julgamento que “a concentração de poder é prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito”, mas que “a nenhum outro órgão senão ao Judiciário é conferido o direito de punir”³³, o STF relativizou o papel e a rígida posição constitucional do Ministério Público no exercício privativo e independente da ação penal pública e na modelação constitucional da pretensão punitiva, olvidando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inc. LIV, da CF).³⁴

Referências

ABADE, Denise Neves. Inexistência do princípio da verdade real no processo penal garantista. *In: Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017.

³³ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 20 de junho de 2018.

³⁴ Observa-se que, não obstante a ofensa ao princípio do devido processo legal em seus aspectos substantivo e instrumental tenha sido um dos fundamentos da ADI proposta (na perspectiva de que a redação inconstitucional da lei encoraja o colaborador a abrir mão de direitos e garantias fundamentais – dentre os quais a ampla defesa e a garantia contra a autoincriminação – em face de sujeito não processual e destituído tanto da titularidade da ação penal quanto de meios de perseguir em juízo a homologação do acordo firmado), a decisão proferida pelo STF não analisou diretamente tal argumentação e seus múltiplos desdobramentos.

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de processo penal anotado*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed. rev., 2002.
- HAMILTON, Sergio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 12, 2000, p. 191-206.
- _____. *Estudos de processo penal: 4ª série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- _____. *Temas de processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução penal*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Coord.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- SILVA, Edimar Carmo da. *O princípio acusatório e o devido processo legal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.
- SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

Foro por prerrogativa de função na jurisprudência claudicante do Supremo Tribunal Federal¹

Privileged jurisdiction in the hesitant jurisprudence of the Federal Supreme Court of Brazil

*Marcelo Lessa Bastos**

Sumário

1. O foro por prerrogativa de função. a. Noção. Necessidade de blindagem das autoridades detentores de cargos importantes. i. Proteção ao cargo. ii. Conflitos inerentes ao exercício da função. b. Prerrogativa X privilégio. c. Crítica à prodigalidade na distribuição do foro. 2. Foro por prerrogativa de função e duplo grau de jurisdição. a. A garantia do duplo grau de jurisdição. i. Fonte constitucional implícita. ii. Fonte convencional (supralegal) explícita. b. Alcance da garantia – máxima eficácia a partir do efeito devolutivo pleno dos recursos cabíveis. c. Natureza e fonte das normas que estabelecem o foro por prerrogativa de função como forma de se compatibilizarem com a garantia do duplo grau e sua máxima eficácia. 3. Foro por prerrogativa de função e reunião de processos por conexão e continência. a. *Simultaneus processus X prorrogatio fori*. b. Natureza jurídica e fonte das regras de reunião de processos decorrentes da conexão e da continência. c. A atração do corréu ao foro por prerrogativa de função nas hipóteses de continência e da prática de crimes conexos com autoridades que o detém. (Im)possibilidade. Conflito constitucional. Garantia do duplo grau. i. Caso de corréus com foro em Tribunais diversos. ii. Caso de corréu com foro e corréu sem foro por prerrogativa de função. 4. A jurisprudência claudicante do Supremo Tribunal Federal. a. As incoerências da Corte no que tange à reunião de processos em decorrência da conexão e da continência. b. Casos paradigmáticos. i. “Mensalão”. ii. “Operação Furacão”. c. A confusão entre os institutos da *prorrogatio fori* e da *simultaneus processus*. 5. A proposta de redução do alcance do foro a crimes relacionados à função do agente. a. Previsão constitucional para “crimes comuns e de responsabilidade”. Ativismo judicial interpretativo. b. O Judiciário como poder contramajoritário e a necessidade

¹ Texto produzido no âmbito de projeto de iniciação científica aprovado pela FAPERJ, com a participação dos bolsistas Leonardo Duncan Azevedo e Rafaela Barbosa e Silva.

* Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Processo Penal do Centro Universitário Fluminense.

de autocontenção como exigência do Estado Democrático de Direito. c. O bizarro inquérito originário decorrente da Portaria nº 69, de 14 de março de 2019, do Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal (na contramão da proposta de redução do alcance de foro). 6. Uma brevíssima conclusão. 7. Ao eminente professor Sergio Demoro Hamilton, a minha reverência. Referências bibliográficas.

Resumo

O foro por prerrogativa de função se justifica na necessidade de blindar determinadas autoridades, em função dos altos cargos que ocupam. Em caso de crime cometido em conexão ou continência, o corréu que não é destinatário do foro originário não poderia ser julgado no Tribunal, eis que sofreria decote no alcance da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, o que só se admite em decorrência de norma constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é claudicante neste tema, oferecendo soluções casuísticas, por confundir *prorrogatio fori* com *simultaneus processus* e se impregnar de ativismo judicial na interpretação das normas de regência.

Abstract

The privileged jurisdiction is justified by the necessity to shield certain authorities, due to the high positions they occupy. In the case of a crime committed in connection, the defendant that is not the addressee of the originating forum could not be tried before the Supreme Court, as it would suffer a restriction in the reach of the constitutional guarantee of the double degree of jurisdiction, which is only admitted as a result of constitutional norm. The jurisprudence of the Federal Supreme Court of Brazil is hesitant on this issue, offering casuistic solutions, confusing prorrogatio fori with simultaneus processus and impregnating itself with judicial activism in the interpretation of regency norms.

Palavras-chave: Prerrogativa de foro. Duplo grau de jurisdição. Conexão e continência.

Keywords: *Privileged Jurisdiction. Double degree of jurisdiction. Connection. Federal Supreme Court of Brazil.*

1. O foro por prerrogativa de função

a. Noção. Necessidade de blindagem das autoridades detentoras de cargos importantes

Observando determinados cargos e funções públicas, o poder constituinte brasileiro fixou foro por prerrogativa de função para processar e julgar os detentores

de determinados cargos que julga serem importantes e essenciais, quando cometessem infrações penais, visando a, assim, blindar e proteger essas pessoas, pois o contrário poderia resultar em implicações e perseguições políticas, além do desgaste natural decorrente de conflitos quase diários entre autoridades, ainda que no bom exercício de suas funções, quando labutam no mesmo grau de operação do Direito. A ideia de blindagem, portanto, repousa em levar o jurisdicionado um grau acima daquele onde exerce suas funções, sempre que acusado da prática de infração penal. À toda evidência, a ideia de blindagem nada tem a ver com impunidade, mas, sim, e tão somente, subir um grau, sempre que possível, para tirar o jurisdicionado, autoridade detentora de cargo ou função relevante na República, da zona de conflito natural com outras autoridades detentoras de cargos igualmente relevantes. Se, durante todo este tempo em que vigoraram tais ideias sem maiores questionamentos, grassou impunidade (o que não se pode deixar de reconhecer, diga-se de passagem), o problema foi estrutural, dos Tribunais aquinhoados com a competência originária, não, absolutamente, por culpa do legislador constituinte ao conceber a ideia de foro por prerrogativa de função dentro das premissas acima expostas.

O foro por prerrogativa de função está previsto na Constituição da República Federativa Brasileira, nos artigos 29, X; 96, III; 102, 105 e 108. Além dessas regras expressas, existe na Constituição da República, em seu art. 125, §1º, norma que autoriza os estados brasileiros a definirem outras hipóteses de foro por prerrogativa de função em suas constituições estaduais, desde que para funções que tenham simetria com aquelas definidas pela Constituição Federal².

Como dito inicialmente, justifica-se o foro pela necessidade que se tem de blindar os ocupantes de determinados cargos. Vale ressaltar que isso não é privilégio, mas sim prerrogativa funcional, tanto que não se pode renunciar o foro e permanecer no cargo. Aliás, é sabido que o foro por prerrogativa de função impõe severos decotes no alcance da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, senão, conforme o caso, a suprime por completo e, com absoluta certeza, não é privilégio algum perder uma garantia constitucional ou ter reduzido a quase nada o seu alcance.

A necessidade de blindagem é perfeitamente colocada por Aury Lopes Jr., quando o mesmo diz:

Compreende-se facilmente a necessidade dessa prerrogativa quando imaginamos, por exemplo, um juiz de primeiro grau julgando um Ministro da Justiça ou mesmo um desembargador. Daí por que, para

² A questão da simetria nem sempre foi bem observada pelos constituintes estaduais. Exemplo disto é a constituição do Estado do Rio de Janeiro, quando prevê hipóteses de foro por prerrogativa de função para defensores públicos e delegados de polícia, quando não há na Constituição Federal idêntico tratamento para as correspondentes autoridades no plano federal (Defensores da União e Delegados Federais).

garantia de quem julga e também de quem é julgado, existem certas regras indisponíveis³.

É certo que algumas pessoas não precisavam de foro por prerrogativa de função. Exemplo: tem prerrogativa no STJ os membros de Tribunais de Contas dos Municípios⁴, o que não tem sentido, pois não há Poder Judiciário nem Ministério Público municipais, não havendo por que blindar. De qualquer forma, não é uma extravagância aqui ou acolá que é capaz de tirar o mérito da ideia, senão indicar a necessidade de constante aperfeiçoamento do texto.

i. Proteção ao cargo

O instituto do foro por prerrogativa de função é estabelecido em razão da função que seu beneficiário ocupa, não em razão dele em si. Sua natureza é objetiva. Outra razão para que não se confunda com privilégio e, sim, se compreenda tratar de prerrogativa, o que não é incompatível com o princípio da igualdade e outros tantos mantras inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Desta forma, é garantida aos detentores de cargos importantes⁵ a plenitude, autonomia e independência no exercício de suas funções. Por isto a escolha, pelo Constituinte, de órgãos colegiados do Poder Judiciário, que se supõem ou supunham afastados, em tese, das pressões populares que geralmente surgem em tais situações.

ii. Conflitos inerentes ao exercício da função

O instituto do foro por prerrogativa de função, como dito anteriormente, busca dar proteção ao exercício de funções classificadas pelo legislador como essenciais e cuja importância demanda necessidade visível de proteção e blindagem de seu ocupante, com vistas ao bom exercício dela, protegendo-o de eventual conflito com exercentes de funções da mesma forma relevante, caso sujeitos ao mesmo grau de jurisdição.

Um bom exemplo de conflito reiteradamente presente no exercício de algumas funções abarcadas pelo instituto estudado neste trabalho é o que se configura quando um parlamentar comete crimes contra a honra durante a atividade legislativa por meio de seus votos. Ora, imaginando a hipótese de um parlamentar que possua grande apoio popular ser julgado por um único juiz, fica evidente o conflito que surge também ao depositar sobre este juiz toda a pressão popular que surge com um voto de um parlamentar apoiado pelo povo, ainda que este voto tenha infringido a ordem jurídica.

³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 341).

⁴ BRASIL, Constituição Federal: art. 105, I, “a”.

⁵ E não são todas as pessoas que os conseguem alcançar, em que pesem as mais variadas formas de investidura...

Juízes, Promotores, Prefeitos normalmente adotam medidas que desagradam uns aos outros e são potencialmente capazes de gerar profunda divergência no campo funcional e conflitos em suas respectivas áreas de atuação. Imagine-se os primeiros julgando e denunciando os terceiros; ou os dois primeiros denunciando-se e julgando-se um ao outro ou reciprocamente?

Agora imagine-se um outro exemplo, de todo bizarro: suponha-se que um Ministro do Supremo Tribunal Federal seja acusado pela prática de eventual crime⁶. Como imaginar ser Sua Excelência investigada por um Delegado de Polícia, denunciado por um Promotor ou Procurador da República em exercício perante o 1º grau, e ser julgado, eventualmente condenado, inclusive com perda do cargo a título de efeito da condenação, a partir da sentença de um juiz de 1º grau? E se acaso for cogitada a possibilidade de prisão preventiva de um Ministro do Supremo Tribunal Federal? Teria cabimento ser tal medida ser apreciada por um juiz de 1º grau?

E se o acusado de um suposto crime foi o Procurador-Geral da República? Vai ser denunciado por um Promotor de Justiça ou um Procurador da República em exercício no 1º grau, sujeito ao Conselho Nacional do Ministério Público que o suspeito preside?

Ora, tais personagens não podem estar sujeitos à jurisdição penal de 1º grau, para conforto dos próprios juízes de 1º grau, bem como para dignificar as funções desempenhadas pelos acusados da prática de eventual infração penal, detentores de cargo que lhes outorgue foro por prerrogativa de função, inocentes presumidos até que se prove o contrário.

É hipocrisia imaginar que o 1º grau seja o foro adequado para processar e julgar tais autoridades, ainda que sob o argumento de que o suposto crime não se relacionava à função por ele desempenhada. O discurso é politicamente correto e seduz as massas (normalmente de manobra)⁷; mas nem por isto menos hipócrita!

b. Prerrogativa x Privilégio

Engana-se aquele que pensa ser o foro por prerrogativa de função um grande privilégio para aquele que o possui. Rapidamente pode ser identificada uma difícil realidade para aqueles que devem ser julgados em instâncias superiores quando se percebe não ser aplicável, ao menos em sua máxima extensão, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, sobretudo quanto à matéria de fato.

Analisando-se por meio de exemplos, o indivíduo que possua prerrogativa de foro terá direito a menos reexames de uma eventual decisão desfavorável, sendo inexistente qualquer reexame quando a competência originária for do Supremo Tribunal Federal, já

⁶ Um crime tributário, por exemplo (um deslize a que qualquer pessoa está sujeita).

⁷ “Não há cidadãos de primeira e de segunda categoria”; “todos são iguais”; “não pode haver nenhum tipo de privilégio em um Estado republicano” etc.

que não se pode contar com os embargos infringentes, que seria apostar na divergência que não se sabe se irá ocorrer⁸.

Mas, ainda que a prerrogativa de foro seja nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais ou equivalentes, ainda assim o duplo grau sofrerá revés e grave decote: é que, como se sabe, eventuais recursos extraordinário ou especial, para os Tribunais Superiores, não devolverão, para reexame, a matéria de fato, limitando-se a questões de direito. Trocando em miúdos: o juízo de valor quanto à culpa ou inocência, proveniente do Tribunal de origem, será definitivo e único. Inclusive a desafiar a execução provisória de eventual pena a ser imposta⁹.

c. Crítica à prodigalidade na distribuição do foro

Em que pese a defesa enfática até então feita do instituto do foro por prerrogativa de função, do que não se tem a menor dúvida, ao menos na compreensão deste autor, é forçoso admitir que a Constituição Federal e, também, as Constituições Estaduais, foram bastante pródigas na distribuição de tal foro, em alguns casos pecando por absoluta falta de indicação para tal, a exemplo do caso dos membros dos Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios, alhures mencionado.

Vereadores, Secretários de Estado talvez sejam outros exemplos que mereçam questionamento e reflexão, a apontar para uma revisão profunda do texto constitucional, no fito de corrigir suas distorções. Mas esta correção deve ficar a cargo do constituinte derivado, não do Poder Judiciário, a título (não assumido) de ativismo judicial.

Ao Poder Judiciário não cabe realizar os anseios populares, ainda que legítimos, e, sim, aplicar a Lei e a Constituição. Sem preciosismo nem sutilezas dialéticas que revelem comprometimento ideológico, para além daquela utópica “situação ideal de fala” habermasiana, na qual todos os debatedores são “sinceros”, estão no mesmo nível e, portanto, são capazes de construir um “acordo racionalmente fundamentado”, com base na “força do melhor argumento”.

2. Foro por prerrogativa de função e duplo grau de jurisdição

a. A garantia do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição se caracteriza por garantir ao interessado o direito a um reexame integral, em matéria de fato e de direito, da decisão proveniente do juízo originário, por outro órgão jurisdicional, hierarquicamente superior, tendo em vista a falibilidade humana e o inconformismo natural daquele que de uma contenda sai vencido.

⁸ Ou, como diz a sabedoria popular, contar com o ovo na cloaca da galinha.

⁹ Pelo menos é o que se acredita autorizar a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, não havendo porquê ser diferente na espécie.

No que diz respeito ao fundamento da falibilidade humana, sabe-se que o juiz é humano e passível de cometer erros. Portanto, é completamente razoável o reexame de suas decisões por juízes que, em regra, possuem maior experiência. Além disso, a possibilidade do reexame estimula os juízes a aperfeiçoarem suas decisões, para que não sejam tomadas como incorretas pelo órgão de instância superior que realizar o reexame, normalmente aquele que avalia o desempenho funcional dos magistrados de piso, inclusive por ocasião das desejáveis promoções e remoções por merecimento.

O segundo fundamento trata da dificuldade da parte prejudicada de se conformar com a decisão que lhe foi desfavorável. Assim, o reexame serve também como conforto, significando que a questão controvertida foi examinada mais de uma vez, por pessoas diferentes (da segunda vez, inclusive, normalmente, um órgão colegiado).

É importante dizer que o princípio em questão e o recurso são institutos diferentes, pois ainda que o princípio tenha seu exercício por excelência por meio de recursos, é possível, entretanto, que exista o duplo grau de jurisdição mesmo sem recurso, sendo possível, igualmente, a lógica contrária.

Um exemplo disso ocorre quando se considera que, sendo o duplo grau aplicado em sua essência apenas quando a revisão da decisão se der em relação à matéria de fato e de direito, não existe duplo grau (ao menos em sua dimensão plena) quando o recurso possibilitar, somente, o reexame de uma dessas matérias, decotada a outra em virtude do efeito devolutivo limitado do recurso cabível¹⁰. Já a situação inversa (do duplo grau sem recurso), se verifica quando é o caso de reexame necessário ou duplo grau obrigatório que, sabe-se, independe de recurso (devolvendo inclusive toda a matéria, de fato e de direito, ao órgão revisor).

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição não existe apenas para permitir que a apreciação da controvérsia seja feita mais de uma vez, mas também para garantir que a primeira decisão seja proveniente do primeiro grau, pois salvo em hipótese de competência originária das instâncias superiores, o exame inicial de demanda realizado por estas fará com que o primeiro grau seja suprimido, caracterizando, igualmente, no ângulo inverso, uma violação ao princípio do duplo grau.

i. Fonte constitucional implícita

Ainda que o Duplo Grau seja de notável importância, tal princípio não foi expressamente declarado pela Constituição, restando apenas para parte da doutrina o entendimento de que o instituto em estudo seria encontrado implicitamente como garantia compreendida pelo Devido Processo Legal e no direito à ampla defesa, conforme se verifica no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

¹⁰ Como é o caso dos recursos especial e extraordinário, que somente devolvem matéria de direito ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Outra manifestação implícita do Duplo Grau na Constituição seria o modelo de Tribunais revestidos de competência originária e recursal, restando evidente a aplicação do princípio como regra, sujeita somente à exceção constitucional quando esta previu a competência originária de algum Tribunal.

ii. Fonte convencional (supralegal) explícita

Mesmo com a referida tentativa de reconhecer o duplo grau como princípio constitucional, o fato é que a Constituição não o reconheceu como tal explicitamente. Ora, isto não quer dizer que o aludido princípio não deva ser observado, pois ainda que implícito ou não na Carta Magna, trata-se de princípio explicitamente reconhecido no nosso ordenamento jurídico através de fonte convencional.

A Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (conhecida como Pacto de São José da Costa) – assegura explicitamente em seu artigo 8, número 2, letra “h”, o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Como os direitos e garantias previstos na Convenção em questão tornaram-se parte do rol dos direitos fundamentais, de acordo com o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, tornaram-se, também, autoaplicáveis, à luz do artigo 5º, §1º, do mesmo dispositivo. Assim, não resta dúvida sobre a existência do princípio abordado no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que decorrente de fonte convencional, considerada pelo Supremo Tribunal Federal com *status* supralegal – abaixo da norma constitucional, porém acima dos demais atos normativos em relação à posição hierárquica na clássica pirâmide de Kelsen.

b. Alcance da garantia – máxima eficácia a partir do efeito devolutivo pleno dos recursos cabíveis

A aplicação deste princípio em sua dimensão mais ampla, no processo penal, somente se dá através do recurso de apelação, que, dada a abrangência de seu efeito devolutivo, permite ao Tribunal rever tanto a matéria de fato, como de direito, examinadas pelo juiz de 1º grau. O Tribunal, portanto, provocado mediante apelação plena, julgará tal qual o juiz de primeiro grau julgou, reemitindo seu juízo de valor tanto com relação à matéria de fato, como com relação à matéria de direito. Isto só não ocorrerá se a própria parte, ao interpor o recurso, optar por limitar o seu alcance, valendo-se da apelação parcial, na esteira do *tantum devolum, quantum apelatur*. Todavia, foi a parte que impôs a limitação ao seu recurso, e decerto o fez porque se conformou com a parcela da decisão não impugnada, no que não se identifica qualquer restrição à garantia do Duplo Grau, que esteve à sua disposição na dimensão plena.

O recurso de apelação é admitido nas hipóteses terminativas ou definitivas e tem por objetivo garantir a revisão de todas as questões discutidas no processo. Este recurso é admitido não apenas no processo de conhecimento, mas também no processo cautelar e no processo de execução.

Outros recursos também evidenciam o duplo grau de jurisdição no Processo Penal. Um exemplo é o recurso ordinário em *habeas corpus*, nos moldes dos art. 102, II, “a”, e art. 105, II, “a” da CRFB/88) e o recurso ordinário contra decisões da Justiça Federal em relação a crimes políticos (conforme o art. 102, II, “b”, CRFB/88). Desta forma, tais recursos permitem a revisão da matéria de fato e de direito decidida pelo Juiz Federal de 1ª instância. Funcionará, então, tal qual a apelação.

Noutro passo, como já salientado, os recursos extraordinários, aí incluídos o recurso extraordinário e o recurso especial, não contemplam o duplo grau de jurisdição em sua dimensão plena. Isso porque a jurisdição do STF e do STJ, quando alcançadas pelos mencionados recursos, cumpre outra finalidade. Elas não se prestam à tutela do interesse das partes, mas sim à tutela da Constituição Federal, no caso do Recurso Extraordinário, e da legislação federal infraconstitucional, no caso do Recurso Especial. Por esta razão, somente as questões de direito são devolvidas às Cortes Superiores por meio dos recursos especial e extraordinário; a matéria de fato não. Daí porque, ainda que, formalmente, a garantia do duplo grau não tenha sido de todo decotada, foi sensivelmente reduzida, porque limitada à questão de direito. Note-se que foi restringida justamente na matéria que toca diretamente ao interesse da parte vencida, que é a questão de fato, onde se examinam culpa e inocência propriamente ditas, portanto a mais significativa expressão do duplo grau, que à parte vencida não restou devidamente assegurada.

c. Natureza e fonte das normas que estabelecem o foro por prerrogativa de função como forma de se compatibilizarem com a garantia do duplo grau e sua máxima eficácia

Diante das ponderações feitas nos tópicos anteriores, é intuitivo que, por repercutir diretamente sobre o princípio do Duplo Grau, assegurado ao menos em fonte convencional, a única fonte legislativa capaz de, legitimamente, impor restrições ao alcance de tais princípios é a fonte de mesma hierarquia. Como não cabe às convenções internacionais estabelecerem competência originária dos Tribunais internos de cada país, só resta a fonte constitucional. Assim, a única fonte legítima para estabelecer hipóteses de foro por prerrogativa de função é a Constituição Federal, em princípio, e, respeitado o princípio da simetria por ela estabelecido como condicionante da ampliação que permite, as constituições estaduais.

3. Foro por prerrogativa de função e reunião de processos por conexão e continência

a. Simultaneus processus X prorrogatio fori

Não raras vezes, autoridade detentora de foro por prerrogativa de função comete infração penal em conexão ou continência com outra, detentora de outro foro especial

ou, ainda, pessoa sem nenhum foro especial. É fonte de confusão, neste caso, a reunião, ou não, de processos, de modo a se implementar o efeito básico da conexão e da continência que, nos termos exclusivos do art. 79, *caput*, do Código de Processo Penal, impõe a unidade de processo e julgamento. Este tema é fonte, igualmente, de hesitação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que claudica, oscilando ora pela reunião, ora pela separação de processos, não raras vezes confundindo *prorrogatio fori* com *simultaneus processus*, o que se pretende demonstrar neste passo.

No Processo Penal, a conexão é a relação que dois ou mais delitos cometidos guardam entre si, o que irá gerar, em princípio (e somente em princípio¹¹), a conveniência de que estes sejam julgados de uma só vez, por um único julgador, de modo a evitar decisões díspares e mesmo aproveitar o acervo probatório comum. Já a continência, sob análise processual penal, é o que ocorre quando há unidade de crime e pluralidade de agentes, ou no caso de *aberratio ictus* ou *aberratio criminis* com unidade complexa. Pelas mesmas razões ou quiçá até com mais razão, aponta-se, igualmente em princípio, para a conveniência da unidade de processo e julgamento.

Os efeitos daí decorrentes são chamados de *simultaneus processus* e de *prorrogatio fori*, como já dito. O primeiro efeito significa a unidade de processo, ou seja, a reunião de ações penais em apenas um processo (com uma única denúncia ou queixa, de preferência, mas nada impedindo que se dê a unificação posterior se deflagrados à mercê de diliculares distintas). Vale dizer aqui que este efeito contribui para a celeridade e a economia processuais, além de permitir ao órgão jurisdicional uma perfeita visão do quadro probatório, uma percepção completa do fato criminoso, o que minimiza as possibilidades de contradição.

O segundo efeito se refere à prorrogação da competência de determinado órgão jurisdicional em detrimento de outro, consoante as regras de jurisdição prevalente¹², instituto que ocorre quando um órgão jurisdicional que originariamente não possuía competência para julgar determinado processo passa a tê-la em razão da conexão e da continência, devendo, portanto, atrair para si o processo único, para julgamento único. Em princípio, frise-se! Na verdade, a *prorrogatio fori* pode ser, ou não, uma premissa necessária à *simultaneus processus*, conforme os crimes conexos tenham, ou não, o mesmo *locus delicti*. Não fosse a conexão, em razão do lugar em que esses crimes se consumaram ou mesmo em razão na natureza do bem, serviço ou interesse atingido, seriam acometidos a órgãos jurisdicionais diversos, eventualmente até de Justiças diferentes. Em outras palavras, pode-se produzir os efeitos da *simultaneus processus* sem que necessariamente tenha que ocorrer a *prorrogatio fori*, basta que os crimes conexos ou os autores dos crimes em continência estivessem originariamente sujeitos ao mesmo órgão jurisdicional, seja por competência *ratione locci*, seja por competência *ratione personae*, seja por competência

¹¹ Para não atropelar outras regras e garantias.

¹² Vide Código de Processo Penal, art. 78.

ratione materiae. Basta, então, reunir os processos no único juízo¹³ competente, sem a menor necessidade de ter sua competência prorrogada em detrimento de outro. No entanto, na primeira hipótese, pode ser necessária a modificação da competência de determinado juízo¹⁴ como premissa para que ocorra a *simultaneus processus*, desde que originariamente, não fosse a conexão e a continência, a competência estivesse a cargo de órgãos jurisdicionais diferentes, buscando-se a preponderância de acordo com as regras estabelecidas no art. 78 do Código de Processo Penal, o qual determinará a chamada *vis attractiva*.

b. Natureza jurídica e fonte das regras de reunião de processos decorrentes da conexão e da continência

Como dito anteriormente, as regras que estabelecem a conexão e a continência são regras de modificação de competência. A fonte delas é infraconstitucional, uma vez previstas exclusivamente no Código de Processo Penal. Vale dizer, na Constituição não há nenhum dispositivo que preveja a modificação de competência, seja em favor de tribunal, seja em favor de determinado juízo, por decorrência de conexão e continência, o que seria importante, por conta de um dos corréus eventualmente ter foro por prerrogativa de função. Tal omissão do constituinte tem relação de interferência direta com o princípio constitucional do duplo grau, tomado na dimensão que se deu destaque até aqui neste texto.

Começando pelo atual Código de Processo Civil, aplicado de forma subsidiária ao Processo Penal, temos a previsão inicial da modificação da competência, disposta em seu art. 54, ressaltando que tal modificação é permitida apenas em caso de competência relativa, não sendo possível, a título de exemplo, a reunião, em um mesmo processo, entre crimes militares e comuns, mesmo havendo conexão entre eles, considerando que a competência da Justiça Militar é estabelecida constitucionalmente em razão de matéria (apenas para julgamento dos crimes militares definidos em Lei¹⁵), sendo espécie de competência absoluta.

Finalmente, passando para o Código de Processo Penal, é essencial mencionar seus arts. 76 e 77, que definem conexão e continência para fins processuais penais, no que não coincide com a definição do Código de Processo Civil, ao menos quanto à continência. Em seguida, o Código de Processo Penal traz, em seu art. 78, as regras para definição do juiz prevalente, aquele que irá realizar a *vis attractiva* e determinar,

¹³ Aqui se usa a expressão “juízo” no sentido amplo, não no sentido técnico, em oposição a “foro” ou “justiça”.

¹⁴ Expressão empregue no mesmo sentido destacado na nota anterior.

¹⁵ O mesmo não se pode dizer em relação à competência da Justiça Eleitoral, visto que o art. 121 da Constituição Federal não a define, à semelhança do que faz em relação à competência da Justiça Militar, remetendo a definição à Lei infraconstitucional, razão pela qual se permite a reunião de processos, em decorrência de conexão e continência, envolvendo crime comum conexo a crime eleitoral, nesta última Justiça, dada sua maior especialidade, em decorrência da aplicação do art. 78, IV, do Código de Processo Penal. A solução da questão foi entregue à Lei infraconstitucional, não havendo óbice constitucional à aplicação das regras de conexão e continência, que são, por outro lado, cogentes. Tal matéria esteve, inclusive, na pauta recente do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que decidiu, por apertada maioria, em favor das ideias aqui sustentadas (sessão plenária de 14 de março de 2019, agravo regimental no inquérito originário nº 4.435).

em torno de si, a unidade de processos e julgamento. Como tudo isto é regra, o mesmo Código contempla, mas não esgota, suas exceções: o art. 79 define os casos em que haverá separação obrigatória de processos e o art. 80 define os casos de separação facultativa.

Tudo isto é fonte infraconstitucional (previsão exclusiva do Código de Processo Penal), frise-se para compreensão do tópico seguinte. Não há, na Constituição Federal, repita-se, uma única regra que disponha sobre os efeitos da conexão e da continência, muito menos sobre a definição de suas hipóteses.

c. A atração do corréu ao foro por prerrogativa de função nas hipóteses de continência e da prática de crimes conexos com autoridades que o detém. (Im)possibilidade. Conflito constitucional. Garantia do duplo grau

No tópico anterior, foi apresentada e enfatizada a natureza das normas que estabelecem a competência em razão de conexão e continência e respectivos efeitos. É importante ressaltar essa natureza – de norma infraconstitucional – uma vez que, no caso a ser examinado neste tópico a partir de seu título, estas normas decotam a amplitude do princípio do duplo grau, quando não o aniquilam, princípio este que, como já visto, tem natureza constitucional ou ao menos supra legal, portanto de posição hierárquica superior na velha pirâmide de Kelsen.

A questão é saber se é possível a uma regra infraconstitucional, como a que disciplina os efeitos da conexão e da continência, diminuir a abrangência de uma garantia constitucional ou supra legal, que é o duplo grau, na medida em que se sabe que aquele que é processado e julgado originariamente em Tribunal não tem a sua disposição justamente o recurso que mais atende ao duplo grau dada a sua amplitude, que é a apelação, incabível na espécie. A não ser que seja caso de crime político, em que cabível o recurso ordinário¹⁶, quem é julgado diretamente em Tribunal só tem à sua disposição os recursos especial e extraordinário, que só devolvem para os Tribunais Superiores matéria de direito. Não terão direito, portanto, ao duplo grau no que concerne à revisão da matéria de fato, salvo se couberem embargos infringentes, com o que não se pode contar, visto não se poder apostar que haverá divergência. E, ainda assim, o grau permanecerá o mesmo, já que os embargos são julgados pelo mesmo Tribunal, ainda que por órgãos diversos¹⁷.

Fica evidente, portanto, que, mesmo com os recursos que eventualmente possam contar aqueles que forem processados originalmente em Tribunais não superiores, haverá drástica redução no alcance da garantia do duplo grau, satisfeito apenas em parte com o efeito devolutivo limitado dos recursos especial e extraordinário.

¹⁶ No plano da abrangência idêntico à apelação.

¹⁷ Já houve caso de serem julgados embargos infringentes pelo mesmo órgão Plenário, mas com outra composição, no caso da ação penal nº 470, conhecida como “mensalão”, em que o Supremo Tribunal Federal reformou a decisão do Supremo Tribunal Federal, este sim um autêntico “ponto fora da curva”, ao contrário do significado que se empregou a esta expressão num famoso voto proferido por novato naquela ocasião.

Quando se lembra que tais restrições foram impostas única e exclusivamente como consequência de efeitos disciplinados em fonte infraconstitucional, pode-se ter a noção exata da teratologia.

Ora, as garantias constitucionais devem ser interpretadas buscando alcançar a sua máxima eficácia, o que é regra básica de hermenêutica. Portanto, não se pode contentar, a pretexto de pseudosatisfazê-la, com um recurso que apenas ofereça ao órgão revisor parte da garantia. Aliás, justamente a matéria que é mais importante para o duplo grau, que é a de fato, não é devolvida nos recursos especial e extraordinário. Somente a apelação e o recurso ordinário são capazes disto¹⁸, porém incabíveis na espécie.

Quando se caracterizam as hipóteses de continência e conexão em crimes em que um dos réus tenha foro por prerrogativa de função e o outro não, há, de acordo com a Súmula 704 do STF, a possibilidade de atração do outro réu para o foro, sem que isto viole as garantias do juiz natural, do devido processo legal e da ampla defesa. Mas não é disto que se trata. O que o entendimento sumular não enfrentou e é exatamente o ponto central da questão, é que, na hipótese, há flagrante violação ao princípio/garantia constitucional/supralegal do duplo grau de jurisdição.

Mas o próprio Supremo Tribunal Federal parece não dar muita atenção à sua súmula, quando prefere o casuísmo, a exemplo do decidido na ação penal originária nº 853, relatora Ministra Rosa Weber¹⁹.

Para além da questão da ofensa à garantia do duplo grau, que se imagina sobejamente demonstrada até aqui, um outro ponto de reflexão merece ser destacado. É que, quando se pretende levar para o Tribunal, originariamente, a competência para processar e julgar pessoa que ali não possui prerrogativa de foro, em virtude da prática de crime conexo ou em continência com pessoa que o possua, se está dando interpretação extensiva a uma norma excepcional, o que contraria qualquer princípio básico de hermenêutica. Ora, a regra é o duplo grau, com os processos, por conseguinte, sendo iniciados em primeiro grau. O grau único, decorrente da prerrogativa de foro, é caso excepcional, a merecer, portanto, interpretação restritiva. Em nenhum dispositivo a Constituição Federal atribui a qualquer Tribunal competência para processar e julgar, originariamente, pessoa comum; somente algumas (muitas, aliás!) que ocupam cargos ou funções em decorrência dos quais é atribuído o foro especial. Ao se pretender aplicar uma

¹⁸ Embargos infringentes também, porém somente se houver divergência, com voto vencido favorável ao réu, e esta divergência for total, já que, em sendo parcial, devolverá somente a matéria objeto da divergência. Logo, não se pode contar com este recurso como forma de satisfação do princípio do duplo grau.

¹⁹ “Cabe apenas ao próprio tribunal ao qual toca o foro por prerrogativa de função promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito e peças de investigação correspondentes, para manter sob sua jurisdição, em regra, apenas o que envolva autoridade com prerrogativa de foro, segundo as circunstâncias de cada caso (INQ 3.515 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 14.3.2014), ressalvadas as situações em que os fatos se revelem de tal forma imbricados que a cisão por si só implique prejuízo a seu esclarecimento (AP 853, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 22.5.2014)”.

regra infraconstitucional de conexão e continência, prevista exclusivamente no Código de Processo Penal, para levar a pessoa comum direto ao Tribunal para ser julgada em grau único, amplia-se a regra excepcional de competência por prerrogativa de função que não contempla esse corréu. O equívoco é facilmente percebido, pela doutrina de Introdução ao Estudo do Direito. Falando por todos, eis a lição de Carlos Maximiliano:

Interpreta-se estritamente a norma que determina os casos submetidos ao *verdictum* de tribunais especiais, como o juízo político, o conselho de guerra, o tribunal marcial etc. Na dúvida, opta-se pelo foro comum e pelo processo em que a defesa dispõe de mais tempo e pode ser mais ampla (...) Em geral, a competência é de Direito estrito, não se presume. Entretanto, na dúvida entre a comum e a especial, prevalece a primeira.²⁰

E falando pelos processualistas, sempre oportuno trazer a abalizada lição de Tourinho Filho, em abono às presentes ideias, com ênfase na questão da subversão da hierarquia das fontes legislativas:

Se houver conexão ou continência envolvendo pessoas que devam ser processadas e julgadas pelo STF, ou STJ, ou Tribunal Regional Federal, e outras não elencadas nos arts. 102, 105 e 108 da CF? A competência desses Tribunais vem fixada na Lei Maior. Como nesta não existe nenhuma regra explícita, ou implícita, permitindo-lhes o julgamento de outras pessoas além daquelas ali elencadas, e não podendo a lei ordinária alterar-lhes a competência, *segue-se deva haver a disjunção dos processos*. Na verdade, se a Constituição não permite a esses Tribunais o julgamento de outras pessoas, como poderia ocorrer o *simultaneus processus*? Não se pode alterar a competência por prerrogativa de foro fixada na Constituição a não ser por meio de emenda constitucional. É possível que a solução não seja justa, em face das inconveniências resultantes da cisão dos processos; contudo é legal e, além do mais, parece-nos um não senso dar ao texto constitucional interpretação extensiva. Poder-se-á dizer que a Lei Maior não trata da conexão. Não é verdade. A Carta de 1946, no seu art. 119, VII, e a Emenda Constitucional no 1/69, no seu art. 137, VII, diziam competir à Justiça Eleitoral o processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhe fossem conexos (...) ²¹

²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 230.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, 15ª ed., p. 365-366.

Prosseguindo na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão, pode-se facilmente perceber, por derradeiro, uma grande contradição, fazendo um paralelo com outro tema que lhe tem sido recorrente, qual seja o da execução provisória de pena a partir de decisão de órgão colegiado. O aludido Tribunal, ainda que dividido, vem referendando, com a ajuda da sorte, a execução provisória da pena não privativa de liberdade a partir do não mais cabimento da apelação, justamente por ser o único recurso que devolveria a matéria de fato, firme no argumento de que os recursos que poderiam se seguir não possuem efeito suspensivo e, no âmbito devolutivo, somente reabririam a discussão quanto à matéria de direito, pelo que não haveria mais oportunidade de se falar em culpa ou inocência. Ou seja, o Supremo Tribunal reduz, com este entendimento, o alcance da presunção de inocência à devolução de matéria de fato, no que parece estar certo, sendo incoerente, entretanto, quando ele próprio despreza esse mesmo recurso de apelação como condicionante para a satisfação plena da garantia do duplo grau. Tal incoerência parece gritante: permite-se executar provisoriamente a pena a partir de condenação colegiada em segundo grau, porque não mais cabível recurso com efeito devolutivo no que pertine a matéria de fato, mas, ao mesmo tempo, não elege esse recurso como primordial para se ter por atendido, em sua eficácia plena, a garantia do duplo grau, de fonte idêntica à da presunção de inocência, permitindo processar e julgar diretamente nos Tribunais quem não tem, pela Constituição, foro por prerrogativa de função, mediante interferência de norma infraconstitucional, a afastar, em toda a sua plenitude, a garantia constitucional ou supralegal do duplo grau.

i. Caso de corréus com foro em Tribunais diversos

Ao se deparar com caso em que cada corréu tenha foro por prerrogativa de função em Tribunais distintos, sendo, por exemplo, um deles Promotor de Justiça e outro Desembargador, tendo foro respectivamente no Tribunal de Justiça e no Superior Tribunal de Justiça, a separação do processo é obrigatória, visto que os devidos foros decorrem de normas constitucionais (art. 96, III, e 105, I, “a”, da Constituição Federal, respectivamente), não se admitindo serem combatidos por meras normas processuais penais (a exemplo das que estabelecem as regras de conexão e continência). Não há, portanto, que se reunirem os processos no Tribunal mais graduado, simplesmente porque o art. 78, III, do Código de Processo Penal não pode – ou ao menos não deveria – afastar a incidência da norma constitucional que estabelece em favor de outro Tribunal, ainda que de menor graduação, a competência originária para julgar um dos corréus. Aqui nem se precisa invocar a garantia do duplo grau em sua maior extensão; é caso, pura e simplesmente, de observar o princípio do juiz natural, que reclama o respeito às normas constitucionais, as quais, por óbvio, hão de se sobrepor às normas infraconstitucionais.

Desta forma, com a separação obrigatória de processos, cada réu será processado e julgado por seu juiz natural, sendo assim respeitada a competência fixada na Constituição

Federal. É caso, portanto, de disjunção, não se podendo cogitar, em hipótese alguma, de reunião de processos neste ou naquele Tribunal²².

ii. Caso de *corrêu com foro e corrêu sem foro por prerrogativa de função*

Como dito anteriormente, em casos em que um dos *corrêus* tenha foro por prerrogativa de função e outro não, pelo teor da já citada Súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal²³, a Corte Suprema entende possível a reunião de processos, no Tribunal, por ser a jurisdição mais graduada, aplicando-se, na espécie, o art. 78, III, do Código de Processo Penal. Como já dito, a Corte leva em conta, apenas, o princípio do juiz natural, descuidando-se da garantia constitucional do duplo grau, como acima longamente ponderado²⁴.

Em se tratando de crime doloso contra a vida, entretanto, a própria Corte respeita a regra constitucional que estabelece a competência em favor do Tribunal do Júri²⁵, operando a disjunção em relação àquele *corrêu* titular de foro especial por prerrogativa de função²⁶.

4. A jurisprudência claudicante do Supremo Tribunal Federal

a. As incoerências da Corte no que tange à reunião de processos em decorrência da conexão e da continência

Em análise crítica já feita aqui ao conjunto de decisões mencionadas da mais alta Corte do país, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não tem sido nada sistemático, ao revés extremamente casuístico, no tema relativo à reunião de processos em razão da conexão e da continência. Dois exemplos emblemáticos, já mencionados neste texto e a

²² *Data venia* do Supremo Tribunal Federal na hipótese do julgamento da denominada “operação furacão”, em que se reuniram processos contendo um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, três Desembargadores Federais e um Membro do Ministério Público da União com atuação perante Tribunal, em gritante afronta à hierarquia das normas, em contrário a tudo quanto ora escrito. Curioso é que, na mesma oportunidade, a própria Corte remeteu a julgamento na Justiça Federal de primeiro grau o processo em relação a outros *corrêus* que não detinham prerrogativa de foro (Delegado de Polícia Federal, Advogados e contraventores), contrariando a própria jurisprudência, em especial o enunciado da Súmula nº 704 do conspícuo sodalício, já objeto de reflexão neste texto.

²³ “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do *corrêu* ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados” (Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 704).

²⁴ Foi o que aconteceu no julgamento da ação penal nº 470, conhecido como “mensalão”, em que, em virtude do foro por prerrogativa de função de três Deputados Federais à época dos fatos, um deles, inclusive, o ocupando o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, a Corte levou outros 37 *corrêus* à sua jurisdição originária, perfazendo um total de 40 réus (número, aliás, emblemático à época, levando em conta a literatura infantil).

²⁵ Constituição Federal, art. 5º, XXXVIII, “d”.

²⁶ Bom que, ao menos nesta hipótese, o Supremo Tribunal Federal não ignore a pirâmide de Kelsen. Ainda há, portanto, um sopro de esperança no sentido de que, na evolução de sua jurisprudência, ainda venha a descobrir a coerência, já que, nas outras hipóteses em que a ignora, a razão é exatamente a mesma!

seguir mais explorados, são relativos a dois rumorosos casos: as ações penais originárias conhecidas como “mensalão” e “operação furacão”.

Pode-se afirmar que a Corte tem sido claudicante quanto à reunião ou disjunção de processos, envolvendo corréus em que uns possuem foro por prerrogativa de função, outros não, e mesmo em relação àqueles que possuem foro por prerrogativa de função em Tribunais diversos, dando ensejo a um cenário de grande insegurança jurídica, com ofensas gritantes aos princípios do Duplo Grau e até do Juiz Natural. Neste contexto, o enunciado nº 704 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal tem sido usado de forma inapropriada, como fundamento para reunião de processos, afirmando não ofender ao princípio do Duplo Grau, quando, na verdade, tratou tão somente do princípio do Juiz Natural, Ampla Defesa e Devido Processo Legal. O pior é que a mesma Corte, seletivamente, ignora a própria Súmula, quando lhe convém, desmembrando processos, a pretexto de separação facultativa, quando isto nada tem a ver com a fixação de sua jurisdição originária. Também muito ruim quando, aí sim em ofensa ao princípio do Juiz Natural, reúne processos de corréus com prerrogativa de foro em Tribunais diversos, a pretexto de ser o mais graduado de todos.

Vejamos os casos paradigmáticos abaixo explorados amiúde, com as devidas críticas.

b. Casos paradigmáticos

Embora as incoerências se repitam com frequência²⁷, tomam-se como exemplos de gritante contradição do Supremo Tribunal Federal, a demonstrar o quão claudica no assunto, ação penal originária nº 470 (“mensalão”) e o inquérito originário nº 2.424 (“operação furacão”): em ambos, instalou-se a discussão quanto à separação ou reunião de processos, levando em conta o excessivo número de acusados, argumento utilitarista que acabou suplantando, pasme-se, as regras de fixação de competência originária e possível modificação, ou não, em decorrência das regras de conexão e continência, no confronto com a garantia constitucional do Duplo Grau de Jurisdição. Por incrível que possa parecer, a mais alta Corte do país demonstrou não saber a diferença entre *prorrogatio fori* e *simultaneus processus*! Confundiu, mercê de simples utilitarismo, fixação de sua competência originária, com separação facultativa de processos dentro da própria Corte, imaginando que a consequência (esta última), devesse superar a premissa (a primeira)!²⁸

Passa-se ao exame sucinto de ambos os casos tomados como paradigmas, que nem necessitariam de maiores divagações. Adianta-se, para dar ainda mais perplexidade à comparação, que não houve alteração substancial de composição da Corte entre um e outro caso, de sorte que muitos dos próprios Ministros votaram de forma diametralmente oposta numa e noutra ocasião, em face da mesmíssima situação e

²⁷ A própria “operação lava-jato” é exemplo disto: aí a corte optou pela disjunção desde o seu limiar.

²⁸ A confusão mostra bem como o conspícuo sodalício tem tornado dura a vida de um velho professor de processo penal...

diante do confronto com os mesmíssimos princípios e garantias constitucionais, para cuja ponderação admitiram soluções diversas. E não consta que tenham, nos votos subsequentes, declarado terem mudado de opinião...

i. “Mensalão”

Conhecida como “mensalão”, a ação penal nº 470, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa, tratou do até então considerado maior esquema de corrupção revelado em 2005, pelo então deputado federal Roberto Jefferson (PTB-RJ), que consistia no pagamento de propina a parlamentares em troca de votos nos projetos de interesse do governo do então Presidente Lula²⁹. Inicialmente eram quarenta acusados, sendo que apenas três detinham prerrogativa de foro originário no Supremo Tribunal Federal (eram Deputados Federais, um deles, inclusive, ocupando o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil³⁰). Todos os demais foram atraídos ao foro originário na mais alta Corte do país em decorrência das regras de conexão e continência. Ao final, vinte e cinco corréus foram condenados, num julgamento que se arrastou por exatas 53 sessões do Plenário da Corte, que ficou ao longo de um ano dedicado exclusivamente ao referido julgamento, concluído em 2012. Curioso é que, no decorrer do julgamento, os Ministros Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto se aposentaram. Após acirrada discussão, definida com o voto de minerva do Ministro Celso de Mello, decano da Corte, acabou-se por admitir embargos infringentes, julgados em definitivo em 2014, aí já integrando a Corte o Ministro Luiz Roberto Barroso. Os embargos infringentes acabaram parcialmente providos, instalando-se a inusitada situação de o Supremo Tribunal Federal ter revisto uma decisão do próprio Supremo Tribunal Federal (graças à nova composição da Corte ao tempo do julgamento dos embargos).

Logo no início da primeira sessão, foi levantada questão de ordem pelo advogado Márcio Thomaz Bastos, hoje falecido, em nome de seu cliente José Roberto Salgado, ex-diretor do Banco Central: requereu-se o desmembramento do julgamento, para remeter ao primeiro grau os corréus que não detinham prerrogativa de foro naquela Corte, à qual caberia julgar apenas o denominado “núcleo político”, composto por três Deputados Federais com mandato em exercício (a esta altura, o então Ministro-Chefe da Casa Civil tinha se exonerado e retornado à Câmara dos Deputados, aonde posteriormente teria seu mandato cassado por quebra de decoro. Um quarto Deputado Federal acabaria falecendo ao tempo do julgamento).

A questão de ordem foi rejeitada por ampla maioria de votos (9 x 2, vencidos o revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, e o Ministro Marco Aurélio). A Corte decidiu pela unidade de processo e julgamento, aplicando as regras de conexão e continência, em prejuízo da garantia do Duplo Grau.

²⁹ Ausência sentida entre os quarenta corréus.

³⁰ Foi considerado o “cabeça” do “esquema”.

ii. “Operação Furacão”

O Inquérito Originário nº 2.424, que ganhou o apelido de “operação furacão”, tratou de um esquema de corrupção envolvendo venda de sentenças judiciais para beneficiar empresários do “jogo do bicho”, na exploração de máquinas “caça-níqueis”. Entre os corrêus, havia um então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, responsável pelo foro originário por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal, três Desembargadores-Federais do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e um Membro do Ministério Público da União. Além deles, Delegado Federal, Advogados e contraventores.

Tal esquema beneficiava, entre outros, os “bicheiros” Aniz Abraão David, Ailton Guimarães Jorge (“capitão Guimarães”), Antônio Petrus Kalil (“turcão”), figuras conhecidíssimas da contravenção no Estado do Rio de Janeiro.

Assim como no “mensalão”, na “operação furacão” havia um elevado número de acusados, boa parte deles sem foro por prerrogativa de função. Diante disso, a Corte deliberou de modo diverso do que havia deliberado no caso do “mensalão”, não muito distante: determinou a separação de processos, remetendo para a primeira instância (6ª Vara Federal do Rio de Janeiro, onde haviam sido iniciadas as investigações) o processo em relação aos corrêus que não detinham foro por prerrogativa de função – justamente aqueles que, nos termos da Súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal, a Corte entendia podê-los julgar sem ofensa aos princípios do Juiz Natural, Ampla Defesa e Devido Processo Legal. Mas não é tudo, o pior ainda estaria por vir: desmembrado em relação aos referidos corrêus³¹, permaneceram no STF os corrêus Paulo Medina (o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça), José Eduardo Carreira Alvim, José Ricardo de Siqueira Regueira, Ernesto da Luz Pinto Dória (então Desembargadores-Federais, o último, a bem da verdade, Desembargador do Trabalho), João Sérgio Leal Pereira (então Procurador-Regional da República) e Virgílio de Oliveira Medina (Advogado e irmão do então Ministro Paulo Medina)³². De se notar que, dos que ficaram, o último não detinha qualquer prerrogativa de foro. E os Desembargadores-Federais e do Trabalho, bem como o Procurador-Regional da República, detinham, por força do art. 105, I, “a”, da Constituição Federal, foro por prerrogativa de função no Superior Tribunal de Justiça, que não estava, por evidente, totalmente impedido ou suspeito para julgá-los, pelo simples fato de um único entre os seus integrantes também figurar como corrêu.

Trocando em miúdos: o Supremo Tribunal Federal ficou, em reunião de processos, com que não poderia – porque tinha foro por prerrogativa de função em outro Tribunal, por força de norma constitucional, que acabaria sendo afastada por uma regra infraconstitucional na teratológica decisão – e não ficou com quem, nos termos de sua própria Súmula nº 704, poderia – os corrêus “plebeus”, sem foro por prerrogativa de

³¹ Talvez o Supremo Tribunal Federal os tenha considerado “plebeus”.

³² Talvez aí o Supremo Tribunal Federal os tenha considerado “nobres”, o último inclusive não por cargo ou função, mas por mero parentesco.

função, à exceção do irmão do Ministro Medina, considerado nem tão “plebeu” assim pela Corte³³. Uma teratologia até então sem precedentes na Jurisprudência da Corte Suprema, pelos motivos que adiante se explicam (tópico seguinte).

Antes, porém, um registro da incoerência: o relator da “operação furacão”, Ministro César Peluso, que determinou o desmembramento do processo, foi um dos Ministros que, no caso do “mensalão”, rejeitou a questão de ordem, votando pela reunião de processos em relação a todos os quarenta “mensaleiros”. E, repita-se, não declarou no voto seguinte que havia mudado de opinião acerca do assunto.

A incoerência não foi privilégio do Relator, ao passo em que os demais Ministros acompanharam o desmembramento, muitos deles que haviam, também, rejeitado a questão de ordem do “mensalão”, decidindo pela reunião de processos. E isto, igualmente, sem ressalva de mudança de opinião.

Nunca o processo penal havia sido tão maltratado pelo Supremo Tribunal Federal! Foro por prerrogativa de função, regras de conexão e continência, princípios do duplo grau, juiz natural etc., tão caros à ciência processual, restariam espancados pela incoerência acima apontada, a ponto de exporem suas vísceras à mais completa biópsia!

c. A confusão entre os institutos da *prorrogatio fori* e da *simultaneus processus*

Aqui talvez se explique o porquê o Supremo Tribunal Federal claudica no assunto, como apontado nos dois tópicos anteriores: não sabe a diferença entre *simultaneus processus* e *prorrogatio fori*!

A separação facultativa de processos e julgamento, prevista no artigo 80 do Código de Processo Penal, permite a disjunção quando o juiz julgar conveniente, entre outros motivos, pelo excessivo de acusados, para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante. Mas isto não autoriza o juiz escolher quem vai julgar, visto que a fixação da competência neste ou noutro juízo, nesta ou naquela Corte, é premissa (e imperativa). Como tal, cumpre saber se são aplicáveis, ou não, as regras de conexão e continência enquanto normas de modificação de competência, desde que não usurpem a competência constitucionalmente fixada em razão de foro por prerrogativa de função e, por sua vez, não decotem ou suprimam o alcance pleno da garantia do Duplo Grau. Noutras palavras: decidido que se aplicam as regras de conexão e continência, haverá a chamada *prorrogatio fori*, fixando-se a competência de um juízo, que a tem ampliada, em detrimento de outro, que a terá suprimida. A se entender possível aplicar a regra modificativa/ampliativa em sede de competência originária de Tribunal³⁴, este terá sua competência fixada em virtude da conexão e da continência (*prorrogatio fori*), ainda

³³ De se registrar que o autor discorda do enunciado em questão (Súmula nº 704). Mas o Supremo Tribunal Federal não!

³⁴ O Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 704 entende que sim; o autor deste texto, não.

que, na própria Corte, opte, em juízo de conveniência, pela separação facultativa de processos, em decorrência, por exemplo, do elevado número de acusados.

Simple assim!

5. A proposta de redução do alcance do foro a crimes relacionados à função do agente

a. Previsão constitucional para “crimes comuns e de responsabilidade”. Ativismo judicial interpretativo

No de 2018, o plenário do STF “restringiu” o foro por prerrogativa de função conferido aos Membros do Congresso Nacional, no sentido de apenas se aplicar a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções relacionadas a ele. Mesmo com essa decisão do STF, os atos e as decisões anteriores que tiveram como parâmetro a jurisprudência anterior ficaram resguardados (modulação de efeitos). Tal decisão foi tomada na Ação Penal Originária nº 937 e teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso.

Ainda que a proposta restritiva seja excelente, há um porém: ninguém menos do que a Constituição Federal é clara quando, no seu artigo 102, I, “b”, estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, entre outros, os Membros do Congresso Nacional, “nas infrações penais comuns”. Desta forma, a decisão do STF sobre o assunto parece incompatível com a referida Constituição Federal, visto que restringe o alcance da expressão “crime comum”, distinguindo onde parece que a Constituição não distingue.

Ademais, se o foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal se restringe a crimes que, de alguma forma, estejam relacionados ao cargo ou função do Parlamentar, não haveria a menor razão para que o foro por prerrogativa de função de outras autoridades também não seguisse a mesma lógica de raciocínio. Não só de autoridades com foro no Supremo Tribunal Federal, como, também, autoridades com foro em outros Tribunais. Em síntese, nesse caso, todo e qualquer foro por prerrogativa de função somente se estabeleceria no caso do crime praticado por seu detentor se relacionar diretamente ao cargo ou função por ele ocupado ou exercida, dignitários do referido foro especial. Seja este foro, repita-se, no Supremo Tribunal Federal ou em qualquer outro Tribunal. Não há razão para, no caso dos Parlamentares, ser assim e, no caso de outras autoridades, não o ser: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*.

E é aí que surge um problema sistemático³⁵, dentro da própria competência originária do Supremo Tribunal Federal por prerrogativa de foro: é que o art. 102, I, “c”, da Constituição Federal estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, “nos

³⁵ Parece que a visão do Direito como sistema, definitivamente, não tem frequentado a pauta do Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos!

crimes comuns e de responsabilidade”, outras autoridades como os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas (estes salvo em caso de crimes de responsabilidade conexos ou em continência com o Presidente da República, caso em que serão julgados pelo Senado Federal), além dos Ministros dos demais Tribunais Superiores (os do Supremo Tribunal Federal, em caso de crime comum, são julgados no Supremo Tribunal Federal e, em caso de crimes de responsabilidade, no Senado Federal), do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática estrangeira de caráter permanente. Se, para essas autoridades, a expressão “crimes comuns” estivesse restrita àqueles relacionados ao seu cargo, o que restaria para ser alcançado pela expressão “crimes de responsabilidade”, justamente o que se imagina ligado aos referidos cargos ou funções, definidos ou não em Lei específica (Lei nº 1.079/50, que somente alcança o Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários de Estado, não alcançando os Membros do Congresso Nacional nem as outras autoridades mencionadas na alínea “c” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, já mencionado; e Dec-Lei nº 201/67, que somente alcança Prefeitos e Vereadores).

Não parece possível, portanto, poder restringir a expressão “crimes comuns” àqueles relacionados ao exercício do cargo, sob pena de não ter o que confrontar com a expressão “crimes de responsabilidade”, aos quais os demais detentores de foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal – à exceção dos Parlamentares que não estão sujeitos a este tipo de crime, por não serem sujeitos ativos das referidas leis específicas que os definem – estão sujeitos, pouco importa aqui se para julgamento no próprio Supremo Tribunal Federal ou no Senado Federal por tais crimes³⁶.

O Supremo Tribunal Federal não pode se arvorar das boas intenções para fazer distinção onde a Constituição não fez, muito menos criando, com tal distinção, problemas sistemáticos de difícil solução.

Ademais, quem vai interpretar se o “crime comum” teve ou não relação com a função ou cargo exercido pela autoridade? O Tribunal de origem? Mas, essa análise viria antes da acusação formal, subvertendo o sistema acusatório? Ou o próprio Ministério Público poderá, entendendo que um crime supostamente cometido por um Ministro do Supremo Tribunal Federal não tem relação com sua função³⁷, oferecer denúncia por meio de um Promotor ou Procurador da República, perante um juiz de primeiro grau?!

Note-se que as opções beiram o absurdo: um Ministro do Supremo Tribunal Federal³⁸ processado e julgado perante um juiz de primeiro, por iniciativa de um

³⁶ De responsabilidade.

³⁷ Imaginemos, novamente, um hipotético crime tributário, que não seja decorrente de sonegação dos subsídios de Ministro, o que, aliás, nem seria possível, eis que, neste caso, o desconto é feito na fonte.

³⁸ É o exemplo mais chocante imaginar um Ministro do Supremo Tribunal Federal processado e julgado em primeiro grau, por iniciativa do órgão ministerial de primeiro grau, sujeito a medidas cautelares e até à decretação de prisão cautelar por um juiz de primeiro grau, bem como execução provisória de eventual pena privativa de liberdade imposta pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal quando esgotadas as vias

Promotor de Justiça ou Procurador da República; mas, tão teratológico quanto, seria imaginar o Supremo Tribunal Federal “autorizando”, numa espécie de “consulta prévia”, que seu Ministro assim seja processado, por descartar a vinculação do suposto crime com a função de Ministro, antes da acusação formal, em completa inversão do sistema acusatório. Ou seja, o órgão titular da persecução penal (no caso o Ministério Público), que detém a iniciativa de provocar o Poder Judiciário que julga competente por meio de seu órgão de execução que se imagina com atribuição, ter que se submeter previamente ao Poder Judiciário, que é inerte, e, pior, àquele que acredita não ser o competente, dada a não relação entre o crime praticado e a função que outorgaria o foro naquele Tribunal!

Todos esses desatinos decorrem da malsinada ideia de “restringir” o foro por prerrogativa de função do Parlamentar, ainda que com a melhor das intenções, repita-se, mas num casuísmo decisório que despreza o Direito enquanto sistema.

Identifica-se, com esta iniciativa pontual, mais um caso de ativismo judicial, que podemos chamar de “ativismo judicial interpretativo”³⁹: o julgador decide da forma como quer, ainda que encontre uma solução não contemplada pelas diversas alternativas de interpretação honesta da norma em análise.

b. O Judiciário como poder contramajoritário e a necessidade de autocontenção como exigência do Estado Democrático de Direito

Diante de tudo sobre o quanto até aqui se refletiu, nota-se que a atividade jurisdicional do Supremo Tribunal está longe de ter uma consistência perfeita. Um pequeno passo neste sentido poderia se dar se a Corte se autocontivesse, evitando se arvorar em oferecer soluções para os problemas sociais relevantes, atuando como agente de transformação social em lugar dos outros protagonistas do Estado Democrático de Direito. O espaço do legislador não deve ser desprezado e, parece trivial, não cabe ao Poder Judiciário a função de legislador positivo, substituindo-se às escolhas compreendidas pela margem de discricionariedade legislativa. Não raras vezes, a questão nem é de suprir omissão legislativa por meio de mandado de injunção ou ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, instrumentos que, corretamente manejados, dão legitimidade ao Supremo Tribunal Federal para suprir a lacuna legislativa e garantir o gozo do direito fundamental sonogado em virtude da apontada omissão. Em muitos casos, como no tema objeto dessas reflexões, a questão é simplesmente passar a, num determinado momento, discordar da extensão

recursais ordinárias! Mas, dever-se-ia pensar nisto, a valer a regra para os Parlamentares. Basta que o suposto crime não esteja relacionado com as funções ou o cargo de Ministro da Corte Suprema. Estaria autorizada a própria quebra de hierarquia entre os órgãos do Poder Judiciário (um juiz de primeiro grau, julgando e podendo afastar de suas funções um Ministro do Supremo Tribunal Federal, inclusive cautelarmente. Seria, como já se disse na Corte, “o rabo abanando o cachorro”). A não ser que a proposta seja desprezar de vez o Direito como sistema! Mesma regra, desnecessário dizer, vale para qualquer outra autoridade com prerrogativa de foro, seja previsto na Constituição Federal, seja nas Constituições Estaduais por simetria.

³⁹ Sobre o ativismo judicial, é leitura obrigatória a obra de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (*Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

e da generosidade com o que o Constituinte originário tratou do foro por prerrogativa de função, de sorte a restringi-lo por meio do famigerado “ativismo interpretativo”, sem embargo de criar problemas sistêmicos muito maiores do que as eventuais inconveniências que o instituto, da forma como tratado pelo legislador, pode trazer.

A situação se torna mais dramática quando a Corte Suprema resolve atender às demandas do politicamente correto, pressionada pela opinião pública a se colocar na vanguarda dos novos tempos.

Assim agindo, esquece o Supremo Tribunal Federal do caráter contramajoritário das decisões judiciais, bem como da necessidade de sujeição do juiz às Leis e, principalmente, à Constituição, exaltada por Luigi Ferrajoli:

I giudici penali, in particolare, non sono liberi di orientarsi nelle loro decisioni secondo le loro personali convinzioni morali, ma devono al contrario soggiacere alle leggi anche se in contrasto con tali convinzioni. Almeno in via di principio, l'etica formalistica è precisamente la loro etica professionale, che ad essi preclude di anteporre o sovrapporre al diritto la loro moralità sostanziale e soggettiva in quanto questa, estrinsecandosi nell'esercizio di un potere, equivale per chi la subisce ad arbitrio e sopruso.⁴⁰

O Poder Judiciário, na proposta garantista, é o último refúgio do cidadão, que busca abrigo quando lhe faltam seus direitos fundamentais. Se este – justamente o Poder encarregado de arbitrar os conflitos entre os cidadãos e os outros Poderes, ou destes entre si – passa a desrespeitar os limites de sua função jurisdicional, invadindo a esfera privativa de outro Poder, comete um abuso contra o qual não haverá árbitro para resguardar o cidadão que a tal Poder está sujeito. Instala-se, desta forma, ainda que com a melhor das intenções, a mais temida das ditaduras: a Ditadura da Toga, contra a qual simplesmente não há mecanismos institucionais de controle.

Daí a importância de autocontenção no exercício da Jurisdição, notadamente da Jurisdição Constitucional, a cargo da mais alta Corte do país e, portanto, dignitária das últimas esperanças do cidadão no que tange a encontrar amparo em seus direitos fundamentais.

Resistir à tentação de fazer o politicamente correto, às vezes implica renunciar às convicções pessoais e morais, no fito de fazer o juridicamente certo, que é aplicar a Lei ao caso concreto, ainda que não se concorde com a solução escolhida pelo legislador. O juiz

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*. Teoria del Garantismo Penale. Roma: Editori Laterza, 2008, p. 969. Traduzindo: “Os juízes penais, em particular, não estão livres de orientarem-se em suas decisões segundo as suas próprias convicções morais, mas devem, ao contrário, sujeitar-se às leis mesmo se em contraste com tais convicções. Ao menos em princípio, a ética formalista é precisamente a sua ética profissional, que os impede de antepor ou sobrepor ao direito a sua moralidade substancial e subjetiva, enquanto esta, exteriorizando-se no exercício de um poder, equivale para quem a ele se submete, ao arbítrio e ao abuso”.

é aquele que, se necessário, deve contrariar toda a opinião pública, para assegurar o direito do cidadão que a ele faz jus. Daí é inconcebível um Poder Judiciário movido pela opinião pública, já que suas decisões são contramajoritárias por natureza e, como tais, não podem ser tomadas visando a satisfazer o que a moral comum julga ser o politicamente correto.

Não se descuida da possibilidade de o Juiz deixar de aplicar a Lei, apontando vício formal ou material de inconstitucionalidade, quando do exame de sua compatibilidade vertical com a Carta Magna. No entanto, o que se impõe, nesta tarefa, para não se perder a honestidade intelectual e jurisdicional, é que o Magistrado aponte objetivamente na Constituição qual a regra ou princípio com os quais a norma infraconstitucional não se compatibiliza, de modo que possa legitimamente afastá-la. O que não se pode admitir é que, a pretexto de realizar o controle de constitucionalidade, o Juiz empreste a princípios constitucionais abstratos por natureza um grau ainda maior de abstração, de modo que, bom adepto da teoria da argumentação, extraia a consequência que bem lhe aprouver, motivado por preferências pessoais e juízos de valor morais quanto ao acerto ou desacerto do legislador infraconstitucional, substituindo-se a ele e desprezando a margem de conformidade com a norma superior decorrente da discricionariedade legislativa. Tal conduta, infelizmente, tem grassado, tanto em controle difuso, quanto em controle concentrado de constitucionalidade, representando, para dizer o mínimo, uma fraude interpretativa. Não se interpretam, desta forma, os princípios e regras constitucionais e, sim, escreve-se na Constituição o que ele, Juiz, gostaria que nela estivesse escrito, de modo a corrigir supostos desvios morais do legislador ou mesmo omissões legislativas.

Quando este comportamento é proveniente da mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal, nada resta a ser feito pelo cidadão jurisdicionado, senão se curvar à Ditadura da Toga, já que rebelar-se contra ela de nada adiantará do ponto de vista prático e, muito provavelmente, será classificado como mero *jus sperniandi*⁴¹.

Em artigo inspirado em publicação de semanário de circulação nacional, Geraldo Prado, em conjunto com outros autores, afirma que:

Cabe à doutrina reforçar argumentativamente a legitimidade do caráter contramajoritário da jurisdição criminal, especialmente quando desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, como válvula de escape para a proteção de direitos e garantias fundamentais do acusado em tempos de construção midiática da verdade.⁴²

⁴¹ Como recentemente dito em entrevista veiculada em telejornal de âmbito nacional, em tom de menoscabo, por integrante da Corte, em face de críticas de segmentos de operadores do Direito e da própria Academia, diante de uma situação para lá de bizarra, objeto do derradeiro tópico destes escritos.

⁴² BORGES, Ademar; PRADO, Geraldo; TAVARES, Juez. *A Construção Midiática de Casos Criminais Pode Ofender Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-midia-crime.pdf>> Acesso em 18. jan. 2019.

Assim, considerando o caráter desta proposta garantista, caso seja difícil para o Supremo Tribunal processar e julgar autoridade com prerrogativa de foro na Corte, que invista em infraestrutura, mas não negue a sua competência constitucional pelo simples fato de não conseguir desempenhá-la a contento.

c. O bizarro inquérito originário decorrente da Portaria nº 69, de 14 de março de 2019, do Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal (na contramão da proposta de redução do alcance de foro)

Nem era proposta original deste texto abordar a obscena portaria nº 69, da lavra do senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, que instaurou, *ex officio*, inquérito originário, no âmbito da Corte, para apurar a autoria de supostos crimes decorrentes de *fake news* veiculadas com o objetivo de atingir a mais alta Corte do país (“denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”⁴³). No entanto, como vai na contramão da sua mais recente jurisprudência, no sentido de restringir o alcance do foro por prerrogativa de função a crimes relacionados ao cargo ou função da autoridade detentora, e bem assim pela bizarrice⁴⁴ da iniciativa, parece oportuna a abordagem crepuscular, no epílogo deste texto, que acabou, assim, atropelado pelos fatos (já se tinha por encerrado o escrito).

Situar a iniciativa no tempo é tão emblemático quanto apontar o seu gritante desacerto. Isto porque a portaria foi tornada pública exatamente quando o Supremo Tribunal Federal se debruçava sobre a questão da competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns de corrupção, no âmbito da denominada operação “lava-jato”, quando relacionados a “Caixa 2” de campanha eleitoral. No *leading case* em questão, que dividiu o plenário da Corte, estava em discussão, como ponto central, justamente o princípio do juiz natural, um dos muitos esquarterados com a malsinada iniciativa de instaurar, de ofício, inquérito, designando, por livre escolha, um dos Ministros da Corte como relator, para apurar crime cuja autoria é ignorada, não sendo, de início, a par de fixada a atribuição da Corte para investigá-lo originariamente, identificada nenhuma autoridade com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal como possível autora dos supostos delitos. Trocando em miúdos, a presidência do Supremo Tribunal Federal instaurou, de ofício, inquérito, chamando a competência da Corte, para investigar um suposto fato criminoso sem autoria identificada, portanto sem saber se foi cometido por alguns de seus jurisdicionados no âmbito criminal originário. E isto, repita-se, quando estava debruçado sobre o princípio do juiz natural! Ou seja: parece que parte expressiva da Corte (embora a iniciativa tenha sido isolada da presidência, de acordo

⁴³ Vide <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405790>, acesso em 20 de março de 2019.

⁴⁴ Não há vocábulo mais ameno para definir a inusitada situação!

com as manifestações que se seguiram, foi endossada por alguns de seus pares⁴⁵) não compreende o significado dos temas que discute!

A instauração de inquérito originário no Supremo Tribunal Federal, sem vincular à determinada autoridade detentora de foro naquela Corte, é a primeira das bizarrices da iniciativa⁴⁶, uma gritante ofensa, no ponto, ao celebrado princípio do juiz natural⁴⁷. Aliás, dupla ofensa, quando, ato contínuo, ao invés de submeter a iniciativa à distribuição entre os Ministros, resolveu-se designar um de seus integrantes para presidir o apuratório inquisitivo.

Nem se diga que o Regimento Interno da Casa assim o permite, porque, mesmo que tenha sido recebido como lei ordinária, é evidente que não pode contrariar a Constituição, que consagra o referido princípio expressamente, é desnecessário frisar. Caberia até, em tese, controle concentrado de constitucionalidade, no fito de afastar as normas regimentais que conflitam com o Texto Maior⁴⁸.

A iniciativa em comento, não bastasse esse pecado original, ainda vai na contramão da jurisprudência restritiva do alcance do foro. Ora, se nem quando se trata de autoridade com foro por prerrogativa de função na Corte o Supremo Tribunal Federal quer processá-la e julgá-la, a não ser se o crime de que é acusada tiver relação com as suas funções, como se pode imaginar, então, esse mesmo Supremo Tribunal Federal atraindo, de ofício, a sua jurisdição antes mesmo de identificar uma autoridade com foro originário na Corte como possível autora do crime investigado?

Ora, em casos tais é exatamente o contrário que o padrão culto, dentro da melhor ciência processual, recomenda fazer: primeiro se instaura o inquérito nas instâncias ordinárias, para apurar a autoria do fato criminoso e, em seu decorrer, quando se descobrem indícios de autoria por parte de autoridade sujeita à prerrogativa de foro, é que se desloca a atribuição para a respectiva Corte, se for o caso de ser investigada em inquérito originário⁴⁹, ou para a chefia do *Parquet*, quando não é o

⁴⁵ Exceção honrosa e digna de todas as lãureas tem que ser rendida ao eminente Ministro Marco Aurélio, que teve a coragem de vir a público criticar a iniciativa, colocando todos os “pingos nos is”, a renovar todo o respeito que se deve devotar à sua judicatura coerente e por vezes incisiva, ainda que se possa aqui e acolá discordar de muitas de suas posições pessoais na jurisprudência da Corte.

⁴⁶ Mas não é a única, como se verá em seguida.

⁴⁷ Escreveu-se na Constituição uma inusitada e inédita hipótese de foro por prerrogativa de função decorrente da pessoa da suposta vítima. A hipótese mais parecida, mas que, à toda evidência, não é análoga à esdrúxula situação comentada, não servindo, portanto, de paradigma, é a competência para julgamento do *habeas corpus* quando o paciente (independentemente do coator) é autoridade sujeita à jurisdição da Corte. Mas, repita-se: a hipótese não serve de paradigma. Porém, mesmo que servisse, não foi invocada, o que mostra que o autor da iniciativa nem se lembrou dela (não se venha, agora, invocá-la, por conveniência, para tentar justificar o injustificável).

⁴⁸ Sugestão, quem sabe, para a Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral da República. Seria interessante ver o que a Corte decidiria, provocada no exercício de sua atividade-fim, por meio de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), sobre a compatibilidade vertical com a Constituição das normas regimentais que serviram de alicerce para a esdruxularia em comento.

⁴⁹ O que, ainda assim, é bastante discutível a simples existência de um inquérito originário no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, mesmo em suas hipóteses mais conservadoras (requerida a instauração pelo Procurador-Geral da República), eis que previsto apenas em norma regimental, em afronta

caso de inquérito originário nos Tribunais Superiores. No caso concreto em exame, o Supremo Tribunal Federal fez exatamente o contrário, colocando a carroça na frente dos bois, como diz a sabedoria popular.

Mas não é só. Essa não é a única perplexidade suscitada pela iniciativa. Aliás, é até difícil graduar as bizarrices, para a sequência da abordagem crítica⁵⁰.

Próxima bizarrice: o Supremo Tribunal Federal instaurando procedimento investigatório de ofício?! Mais uma vez, por favor, não se diga que o Regimento Interno da Casa autoriza o seu presidente a fazê-lo. É amesquinhar demais o conhecimento acerca da hierarquia das normas e da necessidade de compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais com a Constituição Federal, temática, aliás, que é a vocação principal do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional.

Será que alguém já ouviu falar em sistema acusatório e funções institucionais do Ministério Público? É constrangedor ter que lembrar isto, como evidência da segunda bizarrice exposta à presente biópsia. Ora, investigar a prática de infração penal é tarefa inerente ao *jus perseguendi*, de que é titular o Ministério Público, como *dominus litis*, não aos órgãos do Poder Judiciário, pouco importa o que seus regimentos internos possam estabelecer a esse respeito. Esse é o arranjo constitucional. Será que é preciso se aprofundar nesta linha de fundamentação? O estudo do sistema acusatório faz parte dos primeiros conteúdos ensinados aos alunos de graduação na disciplina processo penal. Como alguém pode se esquecer disto justamente quando alcança o ponto mais alto das carreiras jurídicas?

A instauração de inquérito originário, por ato de ofício do Supremo Tribunal Federal, simplesmente usurpa as funções institucionais do Ministério Público e constitui

às próprias funções institucionais conferidas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, e de resto ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, bem como em afronta às funções institucionais do Ministério Público, conferidas, também, pela mesma Constituição. O correto, do ponto de vista do sistema acusatório e de tudo o quanto daí decorrente, seria, em caso infração penal atribuída a autoridade com foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, o próprio Procurador-Geral da República instaurar procedimento investigatório originário no âmbito do Ministério Público que chefia (poderia até requisitar diligências investigatórias à Polícia Federal, aí agindo sob a supervisão direta do Procurador-Geral da República), dirigindo-se ao Supremo Tribunal Federal ou a Superior Tribunal de Justiça apenas se viesse a demandar, no curso de seu procedimento investigatório, alguma medida cautelar (pessoal, probatória ou real), preparatória ao exercício da ação penal, em face das referidas autoridades. Ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, ao invés do inquérito originário (leia-se comandar investigação criminal preparatória ao exercício da ação penal, exercendo, portanto, o *jus perseguendi* de que não é titular, ainda que a requerimento do Ministério Público – que se é titular do *jus perseguendi*, *dominus litis* que é por determinação constitucional, não deveria precisar se submeter ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para mera atividade administrativa de investigação criminal em face das autoridades que têm nessas Cortes prerrogativa de foro, exceto se precisasse, repita-se, de alguma medida cautelar, sujeita à reserva de jurisdição, para instruir o seu procedimento e prosseguir nas investigações), só deveria caber a apreciação e eventual concessão ou não de medidas cautelares, pessoais, probatórias ou reais, porquanto sujeitas ao princípio da reserva de jurisdição, no decorrer das investigações criminais da chefia do *Parquet*.

⁵⁰ Iniciou-se pela questão do princípio do juiz natural apenas para melhor acomodar a discussão neste tópico do presente estudo.

gritante ofensa ao princípio acusatório, que veda a iniciativa investigatória por parte dos órgãos do Poder Judiciário, aí incluído o Supremo Tribunal Federal, como não poderia deixar de ser. Afronta, também, o princípio da separação de poderes, a passo em que, deixando de lado a desejável autocontenção, o Supremo Tribunal Federal avança sobre as funções institucionais do Ministério Público e da Polícia.

Veja-se, interessante e, nos tempos atuais, de certa forma curiosa, lição de Alexandre de Moraes, acerca da separação de funções estatais:

A Constituição Federal, visando a, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, bem como da instituição do Ministério Público (CF, arts. 127 a 130), independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.⁵¹

Como resultado dessas duas bizarrices, produz-se uma terceira bizarrice, talvez a mais constrangedora de todas: se são verdade as premissas até então levantadas⁵² – a de que a iniciativa da presidência do Supremo Tribunal Federal de instaurar o inquérito originário agride o princípio do juiz natural, maltrata o sistema acusatório e usurpa as funções institucionais do Ministério Público –, a consequência inexorável disto é que, conduzindo uma investigação criminal para a qual não está definitivamente legitimado, o Supremo Tribunal Federal está prestes a produzir indícios de prova ilícitos, por conseguinte imprestáveis para servir de suporte probatório mínimo a eventual ação penal que possa vir a ser deflagrada pelo Ministério Público, caso descoberta a autoria dos supostos *fake news* ofensivos à Corte.

Assim, concluído o teratológico inquérito do Supremo Tribunal Federal e remetido ao órgão do Ministério Público com atribuição em função do(s) apontado(s) autor(es) das infrações penais apuradas, não poderá servir de base à propositura de ação penal, dada a ilicitude da prova coligida, em decorrência do vício de iniciativa, por conta da ilegitimidade da autoridade investigadora para exercer a persecução penal na etapa preliminar. Sendo assim, caberá ao Promotor de Justiça, Procurador da República (ou Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República, conforme o caso – a depender de quem vier a ser indiciado) ignorar solenemente o caderno indiciário produzido pelo Supremo Tribunal Federal, destinando-o à lata do lixo.

⁵¹ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. Teoria Geral. São Paulo: Atlas, 1998, p. 66.

⁵² No que se pode afirmar que toda a doutrina tem sido unânime em fazer coro com essas críticas, passada a perplexidade com que foi recebida a surpreendente iniciativa.

E pensar que o eminente Sergio Demoro Hamilton, já no ano de 2000, profetizava a falácia do sistema acusatório brasileiro⁵³.

Sem prejuízo, claro, de instaurar um procedimento investigatório legítimo, o próprio Ministério Público ou a autoridade policial, para apurar a autoria dos supostos *fake news* e, uma vez descoberta, promover a responsabilidade penal dos seus responsáveis, mas com base em caderno indiciário coligido por autoridade legitimada e com atribuição constitucional para investigar infrações penais, já que, no mérito, indiscutivelmente, é inadmissível tentar desestabilizar a mais alta Corte do país, por meio da disseminação de notícias falsas envolvendo seus Membros, cujos votos na Corte, por mais teratológicos que possam ser na perspectiva do observador mais crítico, são dignos de acatamento e respeito, não podendo a irresignação decorrente da observada teratologia ultrapassar o campo sempre fértil e desejável da crítica acadêmica, onde a liberdade de cátedra, inimiga do argumento de autoridade, há de proteger a livre expressão do pensamento literário, de sorte a colaborar, pela boa doutrina, com a construção de decisões judiciais melhores neste sofrido e desencantado país.

6. Uma brevíssima conclusão

Um bom caminho para se compreender e aperfeiçoar o instituto do foro por prerrogativa de função é compreendê-lo sem hipocrisia e sem os clichês de uma suposta igualdade imposta pelo discurso do politicamente correto, lamentavelmente incorporado em grande parte no discurso judicial contemporâneo, em afronta ao caráter contramajoritário que se espera da atuação Poder Judiciário, como última trincheira garantista.⁵⁴

7. Ao eminente professor Sergio Demoro Hamilton, a minha reverência

O ano era 1994. Recém-formado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, aventurei-me no meu primeiro concurso público, para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Na Banca de Processo Penal, tive a honra de ser examinado pelo consagrado professor Sergio Demoro Hamilton, a quem conhecia somente de nome. Empolgado com as respostas que tinha dado às questões do provão, principalmente com os comentários que fez o meu professor da graduação, o saudoso professor Weber Martins Batista, que tem lugar especial no meu coração e a quem fui procurar na UERJ, um belo dia quase que literalmente esbarrei, na sede do Ministério Público então situada na Av.

⁵³ HAMILTON, Sergio Demoro. *A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia*. Rio de Janeiro: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, 2000.

⁵⁴ A conclusão será propositadamente curta e vai se resumir a esta única assertiva, como forma de ilustrar, com certa sutileza, o que, para o autor, parece ter por detrás da reengenharia que se pretende fazer, por meio de ativismo judicial, no instituto do foro por prerrogativa de função. O mais é só refletir com isenção.

Nilo Peçanha, 12⁵⁵, com aquele pequeno notável homem, cuja envergadura intelectual definitivamente não cabem em sua estatura. Estava diante Dele, que não me conhecia, Sergio Demoro Hamilton, cuja figura lembrava-me Einstein, o grande físico. Percebo, hoje, que a comparação fazia todo sentido. Num rompante de atrevimento, explicado pela ansiedade⁵⁶, tive a ousadia de me dirigir ao grande processualista e perguntar para Ele quais seriam as respostas corretas àquelas questões do provão. Foi quando o professor Demoro, com a fidalguia que distingue um grande *Gentleman*, respondeu àquele candidato sem noção: “Meu caro, a resposta certa é a sua resposta!”.

O que Ele quis dizer com aquela resposta eu somente viria a compreender totalmente quando me tornei professor e, mais precisamente, quando me tornei examinador-titular de processo penal em dois concursos do Ministério Público, uma honra indescritível por ter ocupado um lugar que já foi Dele. E foi o que me inspirou nessas duas oportunidades⁵⁷. Guardei na memória aquelas palavras do agora já Demoro⁵⁸, para saber ter a humildade de corrigir as respostas dos meus examinados cobrando apenas a coerência de seus pensamentos, independentemente de qualquer alinhamento técnico-jurídico ou ideológico.

É uma emoção muito grande e uma oportunidade ímpar, que a mim foi dada pelo querido amigo Emerson Garcia, participar dessa edição comemorativa da nossa Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, toda ela escrita em homenagem a Sergio Demoro Hamilton, um dos maiores processualistas que tive e tenho o privilégio de conhecer.

Referências bibliográficas

BORGES, Ademar; PRADO, Geraldo; TAVARES, Juarez. *A Construção Midiática de Casos Criminais Pode Ofender Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-midia-crime.pdf>>. Acesso em 18.JAN.2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*. Teoria del Garantismo Penale. Roma: Editori Laterza, 2008.

HAMILTON, Sergio Demoro. A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia. Rio de Janeiro: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, 2000.

⁵⁵ Toda Administração Superior do Ministério Público cabia em dois andares do prédio da Av. Nilo Peçanha, 12, 2º e 3º andares, incluindo um auditório, onde fiz minha prova de tribuna.

⁵⁶ Já era ansioso aos 24 anos, o que somente aumentou com o passar dos anos, mais de um quarto de século depois...

⁵⁷ Na verdade, em quatro oportunidades, contando as vezes em que examinei na banca de Direito Penal.

⁵⁸ O tratamento passou a ser menos formal, no entanto, a reverência ainda é a mesma; só que agora se traduz mais pelo carinho do que pelo temor reverencial.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. Teoria Geral. São Paulo: Atlas, 1998.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

A admissibilidade e a racionalidade da prova: reflexões a partir de dois textos de Sergio Demoro Hamilton

Robson Renault Godinho*

1. Introdução: breve descrição dos dois textos de Sergio Demoro Hamilton

Este texto foi escrito com o propósito específico de homenagear o Professor Sergio Demoro Hamilton, cuja dedicação à Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi fundamental administrativa e doutrinariamente, não só pela seleção e publicação de muitos textos relevantes de outros autores nos vários anos em que foi seu Diretor, mas também em virtude dos seus próprios textos, vários deles se tornando referências fundamentais na doutrina processual penal. Entre sua vasta e profunda produção doutrinária, optei por abordar dois textos que, ainda que escritos especificamente com enfoque processual penal, abordam temas da teoria geral da prova, possibilitando, assim, que minha maior proximidade com o processo civil não acabe por cometer heresias doutrinárias, desnaturando a natureza da homenagem. Com efeito, em uma publicação destinada a homenageá-lo – que, por via transversa, acaba por homenagear aqueles que dela participam, por vincularem-se ao homenageado –, a tarefa de encontrar um tema para escrever se apresenta especialmente árida, não só pelo receio de produzir um trabalho em nível aquém daqueles que integram a presente publicação, como também por não haver tema processual que o Professor Demoro não tenha tratado com rigor doutrinário e elegância de estilo. Diante desse quadro, ante a relativa facilidade de encontrar pertinência temática entre assuntos com que tenho alguma familiaridade e a vasta produção do homenageado e, ao mesmo tempo, a dificuldade de aprofundar um assunto por ele já tratado, optamos por lançar breves notas sobre temas probatórios que mereceram especial atenção de Sergio Demoro Hamilton: a (in)admissibilidade da prova ilícita e a inadmissibilidade de provas que podem ser consideradas irracionais.

No primeiro texto – “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito”¹ –, Sergio Demoro Hamilton defende a possibilidade de se utilizar validamente a prova ilícita no processo penal, quando, em juízo de proporcionalidade, verifica-se que é a única alternativa para evitar a impunidade. Ou seja: além de se admitir a utilização da prova ilícita em favor do réu, sustenta Demoro Hamilton que também deve-se admitir a utilização do princípio da proporcionalidade *pro societate*, mediante

* Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Escrito em 1.999 e publicado na Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 11, 2.000.

“minuciosa fundamentação”, com a ressalva de que “a prova ilícita, em qualquer caso, deverá ser evitada, desde que a verdade dos fatos possa emergir por outros meios”.

O segundo texto escolhido – “A invocação ao sobrenatural vale como prova?”² – examina, essencialmente, a admissibilidade da prova mediúnica e da prova psicografada. Após descrever caso concreto em que atuou como membro do Ministério Público envolvendo suposto crime de estelionato cometido por pessoas que diziam possuir contatos mediúnicos, concluindo que não seria sequer possível a admissão de prova sobre tais “poderes”. Já em relação à prova psicografada, após exame de manifestações doutrinárias, entende o autor que se trata de prova documental e, portanto, aparentemente lícita, mas não deve ser admitida ou, caso o seja, não deve ser valorada, já que:

[a]s provas absurdas e que não apresentam um mínimo de verossimilhança são incabíveis e impertinentes. É bom assinalar que fatos que escapam aos limites da nossa inteligência, por mera questão de bom senso, não merecem, evidentemente, aceitação como prova, pois não podem ser submetidos a um juízo crítico severo. No caso da psicografia, haveria formalmente um documento nos autos, que tornaria lícita a prova pretendida. Porém, tal documento seria, de todo, descabido, impertinente e imprestável por não ser capaz de trazer qualquer contribuição para a verdade real, uma vez que não se pode afirmar nem tampouco infirmar o que nele está contido.

Nos dois tópicos seguintes, serão feitas considerações sobre os temas principais que foram descritos e, a seguir, trarei algumas reflexões sobre a valoração racional da prova, já que a análise conjunta dos dois textos escolhidos revelam esse fio comum, mas sob uma ótica que não foi tratada diretamente por Sergio Demoro Hamilton e que hoje parece ser o ponto mais sensível sobre o tema: a valoração da prova como a possibilidade de crise de racionalidade.

2. Provas ilícitas

A maior ou menor limitação à atividade probatória no processo depende do direito positivo, sendo frequente e bastante comum a existência de balizamentos vários que integram o direito à prova, que, como qualquer direito, não é absoluto. Toda inadmissibilidade de meio de prova é, porém, antiepistêmico³, na medida em

² Escrito em 2.007 e publicado na Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 27, 2.008.

³ “Nenhum processo é apenas um instrumento epistêmico. Por mais que a descoberta da verdade seja relevante, como condição necessária para a justiça da decisão, a verdade não é um valor que deve ser perseguido a qualquer custo ou a qualquer preço” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 154).

que se cria déficit de conhecimento, o que exige que as limitações probatórias sejam excepcionais. Entre os vários critérios utilizados para se limitar a prova⁴, temos questões procedimentais, aspectos temporais, entre outros, mas especialmente existem regras de exclusão relacionadas à juridicidade da obtenção da prova ou de seu conteúdo, rechaçando-se o que for considerado ilícito por um ordenamento jurídico específico (cf. art. 5º, LVI, CR), ou seja, que violar uma norma jurídica (nesse sentido, é ao menos supérflua a distinção comumente encontrada entre prova ilícita e prova ilegítima⁵), havendo ainda a ilicitude por derivação (art. 157, §§ 1º, 2º, 3º e 5º, CPP).

Sabe-se, também, que a ilicitude de determinada prova pode significar grave déficit epistemológico⁶ em processo específico, subtraindo a possibilidade de acesso a fatos essenciais. Pode haver inclusive situações em que apenas a prova inicialmente ilícita pode efetivamente resolver o conflito submetido a julgamento. Em crimes sexuais, por exemplo, uma gravação ambiental pode ser a prova mais eloquente para se conhecer os fatos; ou a violação de mensagens veiculadas por meio de aplicativos próprios⁷; ou ainda a obtenção sub-reptícia de material genético de terceiro; enfim, os exemplos podem se multiplicar.

⁴ “Limitações probatórias são todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas consideradas necessárias ou úteis para investigar a verdade dos fatos que interessam à causa. Essas limitações são de diversas naturezas. Algumas resultam da imposição de prazos e de preclusões pelas normas que regem os diversos procedimentos e a prática dos atos processuais neles inseridos. Outras decorrem da necessidade de assegurar ao processo celeridade e rápida solução, impedindo a produção de provas consideradas inúteis ou procrastinatórias. Outras visam a dar segurança a certas relações jurídicas, mediante a admissibilidade da prova de certos fatos somente por meio de fontes de excepcional qualidade formal, como o registro público, repudiando as demais. Outras, ainda, pretendem impedir que a investigação dos fatos pelo juiz viole preciosos direitos fundamentais da pessoa humana, como a intimidade, a integridade física e a honra, ou preservar o interesse público ao sigilo, o que leva à proibição de provas consideradas ilícitas. E, também em vários casos, a lei ou os costumes impõem limitações à admissibilidade de certas provas que consideram inidôneas, disciplinando a investigação da verdade pelo juiz para que ele não se deixe influenciar por fontes ou por métodos considerados pouco confiáveis ou suspeitos” (GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume IV, 2009, disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br). Tais limitações do direito à prova podem ter razões extraprocessuais (políticas, morais, éticas, religiosas) ou processuais (epistemológicas), quando se vedam provas irrelevantes e impertinentes, que ou representam um dispêndio de energia desnecessário para a máquina judiciária e para as partes ou seriam capazes de conduzir o magistrado a uma falsa percepção da realidade” (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA. *Curso de Direito Processual Civil*. 14ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 115).

⁵ Em sentido contrário, embora reconhecendo haver mínimas diferenças entre ambas as categorias: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 167/171).

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 166.

⁷ O Superior Tribunal de Justiça vem considerando reiteradamente ilícitas tais provas quando obtidas sem autorização judicial prévia: HC 422.299/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018; HC 542.293/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, por exemplo.

É possível, portanto, que, em determinada prova, seja imprescindível a análise de determinada prova ilícita para que se configure o quadro fático mais próximo da verdade⁸⁻⁹.

O ponto central do citado texto de Demoro Hamilton está precisamente no caso de uma prova ilícita ser imprescindível em determinado processo penal, configurando, assim, um quadro pode ser denominado de estado de necessidade¹⁰ probatório. Nesse contexto de penúria instrutória, a discussão está em saber se a ilicitude da prova estaria excluída, coonestando a utilização da prova; se estiver, há que se definir se apenas para beneficiar o réu ou também se pode ser utilizado para a condenação.

⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005 (há tradução para o português pela editora RT). SUCAR, Germán. *Concepciones del Derecho y de la Verdad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008. TARUFFO, Michele. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009. Sobre esse importante estudo de Taruffo (também publicado em espanhol e português pela editora Marcial Pons), célebre tratadista da matéria, com diversos outros trabalhos publicados, foram escritos dois artigos que merecem consulta: CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. *Revista de Processo* nº 184. São Paulo: RT, junho de 2010. CAVALLONE, Bruno. In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo). *Rivista di Diritto Processuale, volume LXV (II serie)*. Padova: CEDAM, 2010, em que se analisa cada capítulo que compõe aquele livro. Resposta em TARUFFO: Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavalone. *Rivista di Diritto Processuale, LXV, nº 5*. Padova, CEDAM, 2010. Sobre o tema, fundamental a leitura de estudos de Susan Haack: entre suas várias publicações, foi publicada em português a coletânea *Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito* (São Leopoldo: Unisinos, 2015). Haack recentemente publicou importante reflexão sobre o tema: La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo. *Debatiendo con Taruffo*. Beltran, Vázquez (Coord.). Barcelona: Marcial Pons, 2016.

⁹ “Una cosa es la verdad y otra, muy diferente, es el conocimiento de la verdad. Decimos que una persona sabe que *p* cuando se dan, al menos, las siguientes tres condiciones: (i) *p* es verdad, (ii) *a* cree que *p*, y (iii) hay evidencia suficiente para considerar que *p* ha sido demostrada”.[...] “Es importante entender que los hechos son lo que son y no lo que los jueces y otros funcionarios digan que son. El hecho de que el procedimiento de encontrar éstos termine en una sentencia del juez competente con base en la evidencia presentada dentro de un lapso de tempo limitado, no altera el hecho de que este procedimiento se propone establecer la verdad, y que el juez está bajo la obligación de buscar la verdad. Uma fala en la determinación de la verdad – mientras sea algo excepcional – no invalida la sentencia del juez, que es considerada como jurídica y produce todos sus efectos legales. Éste es el precio que el Derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad social y de la paz, esto es, por ser capaz di resolver conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales. Pero, si los jueces hubieran de basar generalmente sus sentencias en proposiciones falsas acerca de los hechos, se pervertería todo el sistema del Derecho” BULYGIN, Eugenio. El conocimiento y la interpretación del Derecho. *El Derecho en Acción: ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho, nº 6. Lima: ARA, 2010, p. 32 e 35. Nesse mesmo volume, há um ótimo contraponto de Jordi Ferrer Beltrán: “Está probado que “*p*” (p. 120/148); o tema foi desenvolvido pelo mesmo autor em seu livro *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

¹⁰ Registre-se antigo julgado do Supremo Tribunal Federal que tratou o caso como legítima defesa: “*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 da 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, lícita 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” (HC 74678, Relator: Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 10/06/1997, DJ 15-08-1997 PP-37036 Ement Vol-01878-02 p-00232). Confira-se, ainda, ROQUE, Andre Vasconcelos. As provas ilícitas no novo Código de processo Civil e o estado de necessidade processual. *Provas*. Macedo, Peixoto, Freire (Coord.). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

A doutrina e a jurisprudência apontam para a ponderação ou aplicação do princípio ou postulado da proporcionalidade para resolução desse conflito entre o direito à prova e a vedação da utilização da prova ilícita, como, a propósito, já o fazia Demoro Hamilton¹¹.

Há, porém, forte divergência no debate quando se pretende utilizar a prova originalmente ilícita em desfavor do réu, enquanto não há maiores turbulências quando seu uso se dá em favor da liberdade individual¹², prevalecendo a ideia de que somente em favor da liberdade pode-se relativizar a ilicitude de uma prova no processo penal¹³. Não há, porém, manifestação peremptória da jurisprudência nesse sentido¹⁴⁻¹⁵, mas

¹¹ Interessante resenha sobre o tema até 2006 em dissertação de mestrado de Thiago André Pierobom de Ávila: *Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Brasília: UnB, 2006, disponível em: repositorio.unb.br (o trabalho foi publicado também pela editora Lumen Juris).

¹² Cf. PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 375 (ao menos até essa edição, o autor admite excepcionalmente a utilização de prova ilícita contra o réu, como se vê nas p. 376/378 do livro citado). Consta em recente ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal que há “necessidade de consolidação de uma jurisprudência brasileira em favor das pessoas investigadas”, constando expressamente no voto do Relator que, “na verdade, o uso de eventual prova ilícita em favor do réu constitui a única exceção à regra estabelecida no art. 5º, LVI, da CF/88 (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos)” (Rel 33711, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019, DJe-184 Public 23-08-2019).

¹³ Cf., BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 177, ainda que não seja peremptório no ponto. Na jurisprudência, parece ser essa a tendência atual nos Tribunais Superiores: STF - HC 103325, Relator(a): Min. Celso e Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, DJe-213 UBLIC 30-10-2014; STJ - REsp 1695349/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019.

¹⁴ Encontram-se julgados em que se reconhece a licitude da gravação ambiental por um dos interlocutores, não se tratando, portanto, de aproveitamento de prova ilícita, ao menos a partir da caracterização do tema pelos Tribunais. Em se tratando de incapaz, considerou-se lícita a gravação unilateral feita pela genitora: “[...] 2. A teor do disposto no artigo 157 do Código Penal são inadmissíveis as provas ilícitas, assim consideradas as que violam direito material do réu, devendo ser desentranhadas do processo, de modo a conferir efetividade ao princípio do devido processo legal e a tutelar os direitos constitucionais de qualquer acusado no processo penal. 3. No caso concreto, a genitora da vítima solicitou auxílio técnico a terceiro para a gravação de conversas realizadas através de terminal telefônico de sua residência, na qualidade de representante civil do menor impúbere e investida no poder-dever de proteção e vigilância do filho, não havendo ilicitude na gravação. Dada a absoluta incapacidade da vítima para os atos da vida civil – e ante a notícia de que estava sendo vítima de crime de natureza hedionda –, a iniciativa da genitora de registrar conversa feita pelo filho com o autor da conjecturada prática criminosa se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal”. (REsp 1026605/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/05/2014, DJe 13/06/2014)

¹⁵ Não deixa de ser digno de nota a incrível indefinição do tema por parte da jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, apenas com sinais ambíguos sobre eventuais tendências, a depender do momento histórico e da composição das Cortes, fazendo com que, na prática, haja contorcionismos conceituais e hermenêuticos caso a caso, ora esticando a denominada teoria dos frutos da árvore envenenada, ora se decidindo que determinada situação é lícita, mas em outro caso não é etc. Em um sistema no qual os Tribunais caminham para a concentração, abstração e a vinculatividade dos temas decididos, é de causar espécie a insistência em fórmulas linguísticas como “necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos” para adiar uma definição mais precisa sobre a matéria de inegável relevância, evidente sede constitucional e suficiente abstração para definição de teses, trazendo a propalada segurança jurídica na aplicação do direito, sem o risco de, anos após atos praticados, surgirem nulidades de algebras.

apenas uma tendência extraída a partir dos vários julgados existentes¹⁶, além de a doutrina processual penal igualmente se mostrar favorável majoritariamente apenas no aproveitamento da prova ilícita em favor do réu, considerando-se a presunção de inocência e a proeminência da liberdade individual. Dificilmente há sustentação para afirmações absolutas nesse tema, mesmo em relação à defesa do réu, já que o uso da tortura é um limitador que se sobrepõe, por exemplo, mas é forte o discurso no sentido de que a liberdade individual deve prevalecer sobre o poder punitivo estatal. Entretanto, na linha do sustentado por Demoro Hamilton, há quem observe que a segurança pública possui igualmente proteção constitucional e a criminalidade organizada, por exemplo, pode impor imensos riscos sociais que merecem igualmente proteção constitucional. Há que se ressaltar, contudo, especialmente em tempos de perigosa relativização de direitos fundamentais, que a ideia de proteção social pode servir de pretexto para uma sobreposição estatal indevida, com o discurso da segurança pública a serviço da arbitrariedade¹⁷. Não há dúvidas, portanto, de que se trata de tema sensível e mal resolvido pela jurisprudência, que raramente o enfrenta frontal e explicitamente, sem subterfúgios argumentativos. Inexistem padrões decisórios sobre tema tão sensível. E é precisamente essa postura claudicante e por vezes casuísticas que merecerá um pouco mais de desenvolvimento neste texto, não sendo nosso propósito examinar de modo exaustivo a questão do aproveitamento da prova ilícita.

3. Prova psicografada

O outro texto aqui analisado versa sobre a admissibilidade da prova mediúnica e da prova psicografada. Embora haja diferenças entre ambas, parece-me que deve haver um enquadramento único na teoria geral da prova, cabendo assinalar que apenas a

¹⁶ Renato Brasileiro de Lima entende ter havido sinalização do Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização da prova ilícita em desfavor do réu. (*Manual de Processo Penal*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 666/667) Trata-se do seguinte excerto de ementa: “Objecção 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”. (HC 79512, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1999, DJ 16-05-2003 pp-00108 ement vol-02110-02 pp-00308) Entretanto, não se pode considerar estável entendimento do Tribunal proferido dentro de um mesmo ano, de modo que o julgado de quase vinte anos não pode ser considerado como vestígio do atual entendimento.

¹⁷ Cf. ARMENTA DEU, Teresa. *A Prova Ilícita: um estudo comparado*. Nereu José Giacomolli (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 64/67. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Prueba Ilícita y Regla de Exclusión en el Sistema Estadounidense: crónica de una muerte anunciada*. Barcelona: Marcial Pons, 2019.

chamada prova psicografada possui efetiva relevância prática no direito brasileiro, com vários relatos sobre sua utilização¹⁸, especialmente em casos de júri popular¹⁹.

Assiste plena razão a Demoro Hamilton quando rechaça a possibilidade de utilização do que denomina de prova mediúnica, isto é, da ocorrência de alguma relação espiritual entre uma pessoa e uma entidade. Trata-se de situação que não se submete a controle de racionalidade²⁰ e que não pode, portanto, ser objeto de conhecimento de um processo jurisdicional, que não é campo para profissão de fé ou questões metafísicas.

No caso da carta psicografada, se for considerada como documento, portanto prova típica, será imprestável como prova, já que se trata de testemunho escrito por quem não testemunhou os fatos. Se for prova atípica, o que nos parece mais correto, igualmente será ilícita, já que viola a laicidade estatal e a liberdade religiosa, além do contraditório, já que não haveria como se pronunciar sobre a produção da prova, e da fundamentação da decisão²¹.

¹⁸ A própria psicografia já foi objeto de processo jurisdicional no Brasil, como se pode colher no interessante relato de Miguel Timponi, com transcrições das peças processuais: *A Psicografia antes os Tribunais: o caso Humberto de Campos*. 7ª ed. São Paulo: FEB, 2010. Favoravelmente à carta psicografada como prova, com o autor defendendo inclusive seu caráter científico: SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *A Prova Psicográfica no Direito Processual Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹⁹ “Júri. Decisão absolutória. *Carta psicografada* não constitui meio ilícito de prova. Decisão que não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos. *Carta psicografada* não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do corréu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido”. (Apelação Crime, Nº 70016184012, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em: 11-11-2009) Assunto: Direito Criminal. Júri. Decisão não manifestamente contrária à evidência dos autos. Decisão absolutória. *Carta psicografada* a favor da ré. Meio ilícito de prova. Inocorrência. Possibilidade de ser utilizada perante o Tribunal do Júri cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção”. (TJRS – Apelação 70016184012 – Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas – publ. 25/11/2009) Sobre a valoração racional da prova no Tribunal do Júri: NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

²⁰ Evidentemente esse controle de racionalidade depende do contexto histórico e adjetivar algo de irracional deve se relacionar com critérios contemporâneos: TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Vitor de Paula Ramos (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 20/21. Interessante considerar que, mesmo para questões religiosas, exige-se produção probatória racional hoje em dia, ainda que sobre fatos que exijam fé: KAZIRI, Pierre. *La Prueba de las Virtudes Heroicas y del Martirio en las Causas de Canonización*. Salamanca: Universidad pontificia de Salamanca, 2010. Sobre a evolução histórica de sistemas probatórios, há muita bibliografia citada por Michele Taruffo no livro citado nesta nota. Confirmam-se, ainda: MORAES, José Rubens de. *Sociedade e Verdade: evolução história da prova*. São Paulo: EDUSP, 2015. BERCOVICI, Milene Chavez Goffar Majzoub. *Juizos de Deus e Justiça Real no Direito Carolíngio: estudo sobre a aplicação dos ordálios à época de Carlos Margno (768-814)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

²¹ Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo. *Revista de Processo*, nº 234. São Paulo: RT, agosto de 2014, p. 33/61. No mesmo sentido, considerando que a carta psicografada não pode ser considerada prova por violar a liberdade religiosa, o contraditório e a fundamentação, e fazendo expressa adesão ao estudo de Didier Jr. e Braga: AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 87/88.

Em todo caso, sua exclusão do processo deverá se dar sobretudo pela irracionalidade que lhe é intrínseca, já que não possui possibilidade de refutação ou confirmação científica e muito menos justificação controlável, excluindo assim a possibilidade de as partes participarem de sua produção ou mesmo de haver refutação, excluindo, também, uma motivação racional e, portanto, controlável, de acordo com o que dispõe o atual art. 315, §2º, CPP, que é cópia do art. 489, §1º, CPC.

Entre os limites de admissibilidade de determinada prova, há o critério lógico, que importa na verificação abstrata da relação entre o fato e a prova, sem análise concreta de seu resultado no convencimento judicial²². Além dos limites lógicos, há também os limites extraprocessuais, como nos casos de provas ilícitas, e os limites epistemológicos, que se relacionam com a análise intrínseca da prova e sua aptidão para a construção do conhecimento sobre o fato controvertido, excluindo-se o que não for útil para que se decida de forma racional²³, sem “psicologismo”²⁴.

Não basta que haja uma valoração racional da prova, mas é necessário também que a prova que se pretende admitir seja intrinsecamente racional. Pode-se encontrar valorações não racionais²⁵ sobre provas racionais, como nos casos em que há prova reconhecidamente científica, mas será impossível uma valoração racional de algo que não decorre da racionalidade, o que inclui a possibilidade de controle e de refutação do meio de prova.

Criticando o que denomina de “psicologismo exacerbado”, Marcelo Lima Guerra foi preciso²⁶:

O simples fato de *existir* no juiz um estado psicológico de *certeza* acerca de determinada hipótese fática não oferece nenhuma garantia *per se* de

²² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 162. Difere, portanto, do critério da credibilidade da prova, que depende da análise do conteúdo concreto da prova e, portanto, autoriza sua admissão (cf. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 88/89).

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 178/181.

²⁴ Isto é “não motivados por juízos de fato, isto é, por inserções verificáveis ou refutáveis, mas por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis, porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos; não baseados em procedimentos cognitivos, pelo menos tendencialmente e, por isso, expostos a controles objetivos e racionais, senão em decisões potestativas; não realizado mediante regras do jogo – como o ônus da prova e o direito de defesa – que garantam a ‘verdade processual’, mas confiado à sabedoria dos juízes e à ‘verdade substancial’ que eles possuem”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Sica, Choukr, Tavares, Gomes (trad.). 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 46)

²⁵ Sobre valoração racional da prova, com ampla bibliografia complementar: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2007. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

²⁶ “Premissas para a construção de um léxico constitucional epistemologicamente adequado em matéria probatória” – disponível em: www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf. Sobre esse “psicologismo” e a certeza subjetiva como critério de prova, ver também LAUDAN, Larry. *El estándar de Prueba y las Garantías en el Proceso Penal* (vários tradutores). Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

que tal hipótese é, efetivamente, verdadeira (ou mereça ser aceita como tal). Como se vai demonstrar, em razão do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, o juiz não pode se contentar em, intimamente, formar uma crença sobre qual das hipóteses conflitantes sobre os fatos da causa seria a verdadeira e adotá-la como razão de decidir (como uma das premissas do raciocínio que fundamenta sua decisão da causa). [...] Resulta daí que, diante de controvérsia de alegações relativas aos fatos relevantes para a decisão da causa, a mera convicção, como estado psicológico, não é suficiente. Deverá o juiz, portanto, produzir *razões* que justifiquem sua opção por esta ou aquela alegação como sendo a que ele aceita como verdadeira. Só isto já é suficiente para tornar inteiramente insatisfatória e incompatível com o ordenamento brasileiro, numa perspectiva mais rigorosa, a caracterização da prova em termos exclusivamente “psicológicos”, ou seja, conceituar a “prova como resultado” em termos de “convicção do juiz”, compreendida essa noção apenas como “estado psicológico de crença” ou “estado de consciência chamado *certeza*”. Insista-se: o dever de fundamentação das decisões judiciais é um dado fundamental que deve, forçosamente, estar expresso na definição das noções centrais do léxico probatório.

Relacionando os trechos transcritos com que foi dito em relação à prova a partir de carta psicografada, verifica-se que a exigida racionalidade deve estar presente desde a admissibilidade da prova, incidindo a limitação epistemológica e excluindo aprioristicamente toda prova que intrinsecamente for incapaz de possibilitar a valoração e, conseqüentemente, a fundamentação racional da decisão.

É desnecessário neste texto reproduzir um catálogo conceitual acerca dos vários sentidos do vocábulo prova, sendo suficiente a referência ao clássico estudo de João de Castro Mendes, em que se tem insuperável resenha, com sua exposição dividida entre autores de língua portuguesa, espanhola, francesa, italiana e alemã, passando a seguir a análise de múltiplos conceitos doutrinários, e, ao fim de sua profunda pesquisa, apresenta o conceito largamente difundido: “prova é pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceitável como fundamento da mesma decisão”²⁷.

Entende-se modernamente, na linha do que foi, que a prova é o meio pelo qual se pretende determinar a verdade das proposições sobre fatos dentro de um processo, a partir

²⁷ *Do Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, s/d., *passim*, sendo que o trecho transcrito está na p. 741.

de critérios externos racionais, mas, pelas limitações e imperfeições que lhe são inerentes, a concretização desse desiderato não é garantida²⁸ nem deve ser buscada a qualquer custo.

4. Reflexões finais

Justificar ou fundamentar uma decisão não é expressar uma crença ou um subjetivismo.

A história demonstra cotidianamente, muito mais até do que seria recomendável, que não se pode subestimar a irracionalidade ou aversão à justificação racional, de modo que não se deve tergiversar sobre o tema²⁹.

²⁸ FERRER BELTRÁN. *Prueba y Verdad...* cit., p. 31. Lembre-se, inicialmente, do conceito formulado por Chiovenda, que historicamente vem recebendo as mais variadas adaptações, normalmente mais prolixas, sem qualquer ganho conceitual: “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”. (MENEGALE, J. Guimarães. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 91) “Prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 13) “A prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. (MARINONI, ARENHART. *Prova*. São Paulo: RT, 2010, p. 57) “Por prova, no âmbito do processo civil contemporâneo, designa-se um argumento empregado no contexto do debate processual, ordenado segundo normas ético-jurídicas e lógico-argumentativas, o qual se diferencia em relação aos demais argumentos empregados em tal contexto em função do seu conteúdo e da sua finalidade. Seu conteúdo é o resultado do contraste entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes que sejam objetivo de controvérsia ao longo do debate processual e aquilo que efetivamente se passou no mundo extraprocessual. De outro lado, sua finalidade é a de atuar como fator envolvido na atividade de persuasão racional do juiz, tornando presente diante dos olhos do magistrado um retrato possível da realidade considerada juridicamente relevante para o deslinde do debate processual, de maneira a influenciar na formação de seu convencimento”. (REICHEL, Luís Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 111) “*Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que prozcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos*”. (ECHANDEA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 5ª ed. Bogotá: Temis, 2002, p. 25) “*Prueba judicial es aquella que se desarrolla en el proceso con la garantía de los derechos procesales y que forma convicción en el juez debido a que le ha permitido verificar los hechos a que se refiere*”. (MORALES, Rodrigo Rivera. *La Prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 32) “*La prova è il cuore del processo e si radica nella possibilità di persuadere. Si tratta, più precisamente, di una serie di strumenti con i quali viene verificata l’attendibilità o meno di ipotesi di fatto formulate nel processo, al fine di consentire al giudice di attingere la verità ‘probabile’ (única verità conseguibile, dati i limiti immanenti della conoscenza umana) e pervenire, così, ad una applicazione ‘giusta’ delle norme giuridiche alla fattispecie*”. (PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 279) “*Con il termine ‘prova’ si indicano slitamente tutti i mezzi di conoscenza che vengono impiegati nel processo al fine di formulare una decisione intorno alla veridicità o falsità di enunciati relativi ai fatti rilevante della controversia*”. (COMOGLIO, FERRI e TARUFFO. *Lezioni sul Processo Civile*. vol. I. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 413) e, em outra obra, TARUFFO assim se pronuncia: “*la prova è uno strumento che serve per l’accertamento della verità dei fatti rilevanti per la decisione. [...] la prova è uno strumento di conoscenza che serve al giudice per scoprire e stabilire la verità dei fatti, ossia per stopporre a verifica o a falsificazione gli enunciati che costituiscono il thema probandum*”. (*La Prova nel Processo Civile - Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger (dir.). Milano: Giuffrè, 2012, p. 63) A doutrina tradicional italiana recebeu importante resenha de ANDRIOLI, Virgilio. *Studi sulle Prove Civili*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 5/13.

²⁹ Sobre a racionalidade sob uma perspectiva histórica e com desconcertante otimismo sobre o futuro: VIETTA, Silvio. *Racionalidade: uma história universal*. Nélio Schneider (trad.). Campinas: UNICAMP, 2015. PINKER, Steven. *O Novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Motta, Soares (trad.). São Paulo:

A aposta na utilização da ponderação³⁰ para a admissão de provas ilícitas, por exemplo, como visto no primeiro texto de Demoro Hamilton, é ao mesmo tempo um lugar comum na prática jurisdicional e uma possibilidade imensa de adaptações discursivas para acomodações de soluções aprioristicamente selecionadas³¹, servindo quase como a estrutura do “leito de Procusto”. Veja-se que a seleção normativa realizada para fundamentar uma solução previamente buscada pelo julgador viola esse contraditório e também pode se dar com uma hábil, ou apenas arbitrária, seleção de fatos e de provas que coonestem uma decisão solipsista. Para ilustrar essa situação, vale transcrever o método revelado com extravagante sinceridade e naturalidade por Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Costumo dizer que, como magistrado, ao defrontar-me com uma controvérsia, primeiro idealizo a solução que entendo mais justa para a lide. Somente após, vou à dogmática buscar o indispensável apoio. E ao assim proceder, exerço – porque toda interpretação o consubstancia – um ato de vontade. Vou à dogmática, vou à ordem jurídica em vigor movido por uma inspiração. E essa inspiração atende ao terceiro instituto do trinômio “Lei-Direito-Justiça”. É, justamente, a busca da almejada justiça³².

Companhia das Letras, 2018. Já para uma visão pessimista, bastaria acompanhar o noticiário, mas o próprio Pinker aponta bibliografia, em sua impressionante pesquisa.

³⁰ Cf. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade*: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

³¹ Cf., a crítica abordagem de Marcelo Neves em sua recente tese: *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013: “a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principalista servia ao afastamento de regras claras e completas, para encobrir decisões orientadas À satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade”, (p. IX/X), acrescentando que vive-se um “contexto em que o principalismo tem um enorme significado e, ao provocar certo fascínio, estimula, em geral, abusos de princípio mediante argumentações *ad hoc*, comprometidas imediatamente com os particularismos a que elas tendem a encobrir sob o manto retórico da justiça inerente aos princípios invocados”, (p. 220). Registre-se que essa distorção da teoria dos princípios não se confunde com uma inadequada compreensão do “neoconstitucionalismo”. Sobre o tema há ampla bibliografia, mas é fundamental a leitura de um específico trabalho de Humberto Ávila, onde se encontram outras referências: Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 17, jan./mar. 2009, disponível em www.direitodoestado.com.

³² Min. Marco Aurélio Mello em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 236948/MA, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 31/08/2001, p. 65 (o trecho transcrito está na fl. 778 dos autos, conforme cópia disponível no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal). O Ministro, além de se mostrar absolutamente convicto, parece se orgulhar do pensamento, já que o repete há anos, inclusive em mentas de julgamento e no discurso proferido no dia 17 de junho de 2010, em solenidade comemorativa às suas duas décadas como integrante daquela Corte. Interessante passagem de Canotilho, cujos trechos servirão de epígrafe para o próximo capítulo, são pertinentes para o debate: existem espaços de invisibilidade onde se programa informação relevante para a decisão. Nas antecâmaras da decisão, “produzem-se critérios não codificados” que acabam por se transformar,

Em contraponto a essa declaração, lembro conhecida passagem de Barbosa Moreira, também apropriada quando se pensa sobre a utilização de carta psicografada como fonte de prova:

ao arrepio dos critérios formais, nos critérios fundamentadores da decisão. Dir-se-ia, em termos de teoria da informação, que existe aqui um verdadeiro *paradoxo da decisão*: só se pode decidir depois de se obter a informação, mas a informação aqui é discriminatória e invisivelmente introduzida e é mesmo remetida para o “silêncio” na explicitação fundamentadora. Dito por outras palavras: na perspectiva do sistema da informação os critérios invisíveis e os momentos informais são mecanismos de seleção procedimental ou processual conducentes (ou, pelo menos, influenciadores) à decisão sem que em momento formal algum beneficiem de qualquer explicitação. A invisibilidade é total quando se chega à fase da fundamentação. Em grande número de casos de júris acadêmicos, primeiro decide-se e depois adapta-se a fundamentação à decisão previamente tomada. (13/14) Exige-se, pois, saber e ciência ao decisor para este decidir com saber e ciência. O decidir é um acto de prudência, pois a prudência outra coisa não é senão a decisão justa, sobretudo em situações de incerteza. O paradoxo da decisão é o de se transformar o incerto em certo através de um processo invisível na produção de informações que não aparecem procedimental ou processualmente, de forma transparente, na produção da decisão (Julgar e decidir as invisíveis manhas da decisão nos “tribunais acadêmicos”. *Revista Julgar*, nº 1, 2007, disponível em: sites.google.com/site/julgaronline, acesso em: 09 de agosto de 2012, p. 13/15). Também Taruffo: “O Direito, na realidade, em grande medida omite-se em relação aos modos como o juiz raciocina ou deveria raciocinar. Além disso, é fácil verificar que o juiz, ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o *material* e as *formas* mais díspares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros etc. Trata-se, pois, de um raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se baralham diversas dimensões lógicas, linguísticas, cognoscitivas e de argumentação. [...] É preciso, pois, conscientizar o fato de que o raciocínio do juiz é inevitavelmente *imerso* no senso comum, o qual compõe, juntamente com o Direito, o seu contexto inafastável. Embora isso ocorra com frequência, seria um erro substancial de perspectiva *extrair* o raciocínio do juiz desse contexto, *prescindindo-se* deste por encará-lo como um simples esquema lógico colocado no vácuo. Isso aconteceu com várias teorias sobre a decisão judiciária que, pretendendo isolar e pôr em evidência a estrutura lógica da sentença (talvez para afirmar sua aderência ao modelo silogístico), acabaram por sugerir imagens *radiográficas* muitas vezes desfocadas ou não muito fiéis, em vez de retratos razoavelmente completos do raciocínio do juiz. [...] A noção de senso comum inclui as condições de base que na cultura de uma época definem o que se pode dizer e pensar e como isso pode ser pensado”. (Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Cândido Rangel Dinamarco (trad.). *Revista Forense*, vol. 355. Rio de Janeiro: Forense, maio/junho de 2001, p. 102/103) Danilo Knijnik enxergou traços positivos nesse raciocínio, inclusive contextualizando-o na discussão acerca do realismo jurídico: Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. *Prova Judiciária*: estudos sobre o novo Direito Probatório. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 20/21. Uma boa análise do realismo pode ser encontrada em CAYÓN, José Ignacio Solar. *El Realismo Jurídico de Jerome Frank*: normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2005. Curiosamente, também o Ministro Luiz Fux, presidente da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de Código, compartilha tal pensamento e o revelou em depoimento prestado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro: “Primeiro procuro ver qual é a solução justa. E, depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução”. (Disponível em: www.direitouterj.org.br/2005/jfdir70/) Para algo ainda mais pitoresco e nocivo para o Estado Democrático de Direito, eis que vizinho da superstição: Min. Dias Toffoli: “Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. [...] É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes (STF - HC 103.412/SP – Publicação DJE: 23/08/12 - Relatora Min. Rosa Weber). Sobre o denominado livre convencimento, vale conferir a já citada tese de Clarissa Guedes. Sobre o risco de decisões arbitrárias e sua “controlabilidade”, amplamente: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, especialmente a primeira parte.

É certo que é até possível conceber que algum juiz se sinta, de repente, por assim dizer, “iluminado pelo Espírito Santo”, mas dificilmente conseguirá formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença. Subsistirá sempre uma dúvida sobre a verdadeira natureza desse fenômeno...³³.

Esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial³⁴.

A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal³⁵.

Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. O pensamento que persiste na antiga crença de que a prova serve unicamente à formação do convencimento do juiz e autoriza que a fundamentação indique apenas o que lhe formou o convencimento, desobrigando, aparentemente, da atividade de um exame completo do material probatório vem assumindo ares de – perdoe o aparente trocadilho – verdade. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico, melhor seria dizer avaro, compromisso com a fundamentação.

Perdoe-se o truísmo: para que se preocupe com o conteúdo da motivação, primeiro é necessário que essa motivação exista materialmente, em substância, já que sua existência formal não apresenta maiores problemas.

Evidentemente a fundamentação não compreende toda a descrição do caminho mental percorrido pelo juiz na valoração dos fatos e das normas, mas, sim, de uma justificação racional e objetiva acerca da conclusão que se anuncia. Não se trata apenas de um discurso retórico/persuasivo, devendo o juiz demonstrar a veracidade dos fatos de acordo com as provas disponíveis, explicitando as razões que sustentam racionalmente a conclusão³⁶.

³³ Provas atípicas. *Revista de Processo*, nº 76. São Paulo, RT, out./dez. de 1994, p. 115.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. O Problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Flaviane de Magalhães Barros e José Luiz Bolzan de Moraes (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³⁵ Por isso, há que ser celebrada a redação do art. 489 do CPC e a nova redação do art. 315 do CPP. Ao mesmo tempo, deve ser lamentado o fato de que um dispositivo tão didático seja celebrado, sem olvidar as tantas iniciativas para que houvesse veto presidencial quando da aprovação do CPC.

³⁶ “*Ciò porta a sottolineare che, indipendentemente da eventuali movenze retoriche, l’obbligo di motivazione richiede che la giustificazione della decisione in fatto esista, sia completa e sia altresì coerente*”. (TARUFFO. *La Semplice...*, p. 241) Nesse sentido: ABELLÁN, Marina Gascón. *Los Hechos em el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, capítulo IV. Fundamentação como dever essencial e como

Oportuna a transcrição deste trecho de Arthur Kaufmann:

Se examinarmos a prática judicial actual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. Ainda vigora a tese segundo a qual o juiz “só está sujeito à lei” e, provavelmente, ainda existirão juízes que estão, realmente, convencidos que formulam a decisão de um modo puramente objetivo, baseados única e exclusivamente na lei, sem interferência de nenhum juízo de valor pessoa.

E, após considerar inevitável a carga axiológica do juiz, aponta o autor a existência de “fundamentações aparentes”, concluindo que “censurável é o facto de não argumentarem com clareza, antes proferindo um acto de autoridade/poder (para evitar mal-entendidos; jurisprudência sem autoridade/poder, sem decisão, não é possível; simplesmente, a autoridade/poder deve justificar-se pela argumentação)”³⁷.

Sentença não é fruto nem objeto de crença; trata-se de ato estatal submetido a controle e que deve se integrar a um arcabouço constitucional que lhe impõe limites e a condiciona. Problemas que se vislumbram nesse contexto e que o art. 489, §1º, CPC e o art. 315, §2º, CPP, visam a evitar: fundamentação fictícia, dissociadas das circunstâncias do caso concreto; motivação implícita, que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique, até mesmo no que consiste a incompatibilidade; motivação *per relationem*; motivação que se limita a reproduzir jurisprudência, sem demonstrar a pertinência com o caso concreto³⁸.

Também se mostra atentatória à plenitude da motivação a referência parcial às provas, limitando-se a mencionar aquelas que confirmam a conclusão, desprezando as

limite: WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Tomás Banzhaf (trad.). Bogotá: Temis, 1985, p. 358/363. Dispõe o art. 489, §1º, do novo CPC: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar 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 - se limitar 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”.

³⁷ Filosofia do Direito, teoria do Direito, dogmática jurídica. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira (trad.). A. Kaufmann e W. Hassemer (Org.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 184/185. Veja-se, do mesmo autor, *Filosofia do Direito*. 2ª ed. António Ulisse Cortês (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 84/92.

³⁸ TARUFFO. *La Semplificazione... cit.*, p. 241/245.

demais, como se fosse possível uma espécie de seleção artificial em matéria probatória. A valoração das provas também deve ser objeto de fundamentação plena:

Se, invece, la motivazione in fatto esiste effettivamente, è completa ed è coerente, allora si può dire che la narrazione dei fatti costruita del giudice è dotata di una valida giustificazione razionale, in quanto risulta confermata dall'analisi critica di tutte le prove disponibili. In questo senso, si potrà dire che essa enuncia la verità³⁹.

Exatamente para o correto enquadramento da prova no modelo constitucional de processo é que se afigura relevante o debate acerca da busca da verdade.

Não se trata de defender aqui a existência de uma verdade absoluta ou de construir a tradicional proposta de que a verdade processual é peculiar em relação ao mundo exterior⁴⁰, mas, sim, procurar demonstrar que o compromisso da prova com a verdade é uma face da concretização no processo de valores constitucionais.

Trata-se de tema que voltou a ser protagonista da prova e que não pode ser ignorado em nenhuma discussão sobre o tema, ainda que seja pródigo em dificuldades conceituais. A busca pelo conhecimento da verdade⁴¹ é, portanto, uma antiga novidade por que deve passar o estudo probatório.

³⁹ *Idem*, p. 245.

⁴⁰ É conhecida opinião de Calamandrei, para quem um fato é verdadeiro quando se atinge na consciência de quem julga o grau máximo de verossimilhança que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que dispõe, basta para lhe dar a certeza subjetiva de que determinado fato tenha ocorrido (*“Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de relatividad propio de la naturaleza humana: lo que vemos, sólo es lo que nos parece que vemos. No verdades, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad”* Verdad y verosimilitud en el proceso civil. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. vol. III. Santiago Sentís Melendo (trad.). Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 318/319. Cf., FLACH, Daisson. *A Verossimilhança no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 41/51 e 66/73. A relação entre certeza e verdade não prescinde da leitura de MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. vol. I. Alexandre Augusto Correia (trad.). São Paulo: Saraiva, 1960, primeira parte.

⁴¹ *“una cosa es la verdad y otra, muy diferente, es el conocimiento de la verdad. Decimos que una persona sabe que p cuando se dan, al menos, las siguientes tres condiciones: (i) p es verdad, (ii) a cree que p, y (iii) hay evidencia suficiente para considerar que p ha sido demostrada”*.[...] *“Es importante entender que los hechos son lo que son y no lo que los jueces y otros funcionarios digan que son. El hecho de que el procedimiento de encontrar éstos termine en una sentencia del juez competente con base en la evidencia presentada dentro de un lapso de tempo limitado, no altera el hecho de que este procedimiento se propone establecer la verdad, y que el juez está bajo la obligación de buscar la verdad. Uma fala en la determinación de la verdad – mientras sea algo excepcional – no invalida la sentencia del juez, que es considerada como jurídica y produce todos sus efectos legales. Éste es el precio que el Derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad social y de la paz, esto es, por ser capaz de resolver conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales. Pero, si los jueces hubieran de basar generalmente sus sentencias en proposiciones falsas acerca de los hechos, se pervertiría todo el sistema del Derecho”* BULYGIN, Eugenio. El conocimiento y la interpretación del Derecho. *El Derecho en Acción: ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho, nº 6. Lima: ARA, 2010, p. 32 e 35. Nesse mesmo volume, há um ótimo contraponto de Jordi Ferrer Beltrán: “Está probado que ‘p’” (p. 120/148); o tema foi desenvolvido pelo mesmo autor em seu livro *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

Insista-se neste ponto: não se trata de se averiguar se é possível atingir-se uma verdade⁴² absoluta no processo, pela singela razão que essa impossibilidade não é exclusividade do campo processual⁴³. É evidente que diversos fatores inerentes ao processo, como o tempo de duração, a rigidez procedimental, o uso de presunções e as limitações probatórias, inclusive as negociais, não só dificultam como não raro impedem a descoberta de verdade factual.

O conhecimento dos fatos é, por definição, limitado⁴⁴, cabendo lembrar, nesse contexto, conhecida citação:

O intelecto finito não logra atingir a verdade das coisas, com exatidão, mediante a semelhança. A verdade não é suscetível de mais nem menos, consistindo em algo indivisível. Nada que não seja a verdade mesma logra medi-la com exatidão, assim como o não-círculo não pode medir o círculo, cujo ser consiste em algo indivisível. Portanto, o intelecto, que não é a verdade, jamais compreende a verdade tão exatamente que ela não possa ser compreendida infinitamente com mais exatidão. O intelecto está para a verdade como um polígono inscrito num círculo. Quanto mais ângulos tiver, tanto mais semelhante há de ser ao círculo. Contudo, nunca será igual, embora se multipliquem os ângulos ao infinito, a não ser que se resolva na identidade com o círculo. É evidente, pois, acerca do verdadeiro nós não sabemos outra coisa a não ser que não é compreensível com exatidão tal como ele é. A verdade constitui-se em necessidade absolutíssima, que não pode ser maior ou menor do que é, e nosso intelecto constitui-se em possibilidade. A quiddidade das coisas, portanto, que é a verdade dos entes, não é atingível em sua pureza e

⁴² Principais Teorias sobre a verdade: correspondência, pragmática e coerência; há outras teorias relevantes, mas, ainda assim, questiona-se até que ponto todas elas se diferem em essência: SUCAR. Ob. cit. p. 102/133.

⁴³ Trata-se de tema que se relaciona profundamente com as denominadas provas científicas: RICCI, Ugo. PREVIDERÈ, Carlo. FATTORINI, Paolo. CORRADI, Fabio. *La Prova del DNA per la Ricerca della Verità: aspetti giuridici, biologicci e probabilistici*. Milano: Giuffrè, 2006. COMANDÉ, Giovanni. PONZANELLI, Giulio. (Org.). *Scienza e Diritto nel Prisma del Diritto Comparato*. Torino: G. Giappichelli, 2004. TARUFFO, Michele. El juicio pronóstico del juez entre ciencia privada y prueba científica. *Sobre las Fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Beatriz Quintero (trad.). Bogotá: Temis, 2006, p. 303/317. La prueba científica. *La Prueba*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 277/295. Ciencia y proceso. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 455/480. VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de Prueba y Prueba Científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

⁴⁴ Amplo estudo sobre esse problema, que foi denominado de “epistemología judicial de los hechos”, em ABELLÁN, Marina Gascón. *Los Hechos em el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, *passim* (o trecho entre aspas está na página 16). O problema das “falsas memórias”, que se mostra ainda mais sensível no processo penal, campo em que, ao menos no Brasil, é pródigo o uso de prova testemunhal. Sobre o tema: GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. LOFTUS, Elizabeth. KETCHAM, Katherine. *Juicio a la Memoria: testigos presenciales y falsos culpables*. Sáenz de Miera y Francisco López Martín (trad.). Barcelona: ALBA, 2011.

tem sido procurada por todos os filósofos, mas não foi encontrada por ninguém tal como ela é. E quanto mais profundamente formos doutos nessa ignorância, tanto mais nos aproximamos da verdade em si⁴⁵.

Entretanto, a preocupação com a busca da verdade pode constituir um dos pilares de um processo democrático, efetivamente preocupado com a solução justa do caso concreto⁴⁶.

É notória a divergência entre a concepção demonstrativa e a concepção persuasiva da prova⁴⁷, mas, desde que definidos os limites do que se entende pela verdade como objetivo do processo, entendo que se deve superar a aversão ou verifobia moderna.

Efetivamente, há o fenômeno que já se denominou de “inimigos da verdade” e de modo simplificado, no campo processual, essa “inimizade” está em duas categorias principais: aqueles que entendem que a verdade não pode ser buscada no processo, em razão de suas inerentes limitações, e aqueles que defendem que não se deve buscá-la, por entenderem que não é esse o fim do processo, cuja preocupação se limita à resolução de um conflito concreto⁴⁸.

Essa rejeição à noção de verdade decorre precisamente da ideia de que se deveria encontrar uma “verdade absoluta”⁴⁹, o que de resto é impossível em qualquer quadrante do conhecimento, não só processual, reservando-se sua busca para práticas religiosas e metafísicas.

Na realidade, toda verdade é relativa, na medida em que é contextual e vinculada à realidade em que se estabelece, por meio das provas disponíveis⁵⁰, tanto fática, como juridicamente.

⁴⁵ CUSA, Nicolau de. *A Doutra Ignorância*. Reinholdo Aloysio Ullmann (trad.). Porto Alegre, EDIPUCRS, 2002, p. 47.

⁴⁶ Por todos: TARUFFO. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.

⁴⁷ *Idem*. Também: GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di Prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971. ZANETI JR., Hermes. *Direito probatório, lógica jurídica e processo: a racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo. Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Daniel Neves (Coord.). São Paulo: Método, 2009. REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. GRECO, Leonardo. *O conceito de prova. Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos. Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009, item 2, cujo título é precisamente “Los enemigos de la verdad”.

⁴⁹ “*Contro l’etica della verità significa a favore di un’etica del dubbio. Al di là delle apparenze, il dubbio non è affatto il contrario della verità. È incontestabile che solo chi crede nella verità può dubitare, anzi: dubitarne. [...] Così, l’etica del dubbio non è contro la verità, ma contro la verità dogmática, che è quella che vuole fissare le cose una volta per tutte e impedire o squalificare quella cruciale domanda: ‘sarà davvero vero?’*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contro L’etica della Verità*. Bari: Laterza, 2008, p. VII/VIII.

⁵⁰ *Idem*, p. 415/416. Todas essas questões são enfrentadas com proficiência por Taruffo em *La Semplice... cit.*

Arthur Kaufmann considera que no campo jurídico existem critérios de evidenciação e falsificação, de experiência e observação, de clarificação e de argumentação racional, de intersubjetividade e de universalidade, que permitem falar de conhecimentos verdadeiros, apesar de só em casos raros haver apenas uma solução verdadeira, existindo de um modo geral soluções adequadas, plausíveis, defensáveis, ao lado de outras igualmente defensáveis⁵¹.

Outro expediente comum – e equivocado – para simplificar a busca da verdade é a utilização do binômio “verdade formal/verdade material”, ainda muito utilizado na jurisprudência e no cotidiano forense, mas felizmente já criticado nas obras doutrinárias mais modernas⁵².

Veja-se que Castro Mendes já considerava a noção de “verdade real” como uma indignidade científica, que deveria ser banida da ciência jurídica⁵³.

Nesse debate sobre a relação entre a verdade e o processo, uma análise relevante está na verificação dos tipos de procedimentos e as dificuldades para estabelecimento da verdade provocadas pela própria especificidade procedimental. Há situações em que simplesmente, pelas mais variadas razões, retira-se do processo qualquer preocupação com a verdade, implementando-se uma limitação da cognição. Não se trata de buscar uma verdade formal; há, sim, uma indiferença em relação à verdade fática, privilegiando-se outros valores mais caros à determinada política legislativa. O recorte cognitivo, com o consequente sacrifício da verdade fática, pode ser uma modalidade útil de tutela de direitos. Mas há que se tratar com o devido cuidado o conceito de probabilidade. Se o provável for utilizado porque não se pode conhecer o verdadeiro, trata-se do problema de se pensar a verdade como algo absoluto. Se a probabilidade é vista como um estágio inferior de conhecimento, estamos diante de uma redução equivocada de uma categoria complexa, que é objeto de diversos estudos filosóficos e matemáticos. No campo processual, é conhecida a utilização do teorema de Bayes para a quantificação do raciocínio judicial. A probabilidade, inclusive, pode ser utilizada para o descobrimento da verdade no processo, não havendo nenhuma contradição no termo “verdade provável”, no sentido de confirmação lógica que as provas disponíveis atribuem aos enunciados relativos aos fatos, isto é, verdade dos fatos equivalente ao grau de confirmação que

⁵¹ A problemática da filosofia do Direito ao longo da história. *Filosofia do Direito, teoria... cit.*, p. 184, acrescentando que sua concepção decorre do fato de não dispor da “capacidade hercúlea de Dworkin”.

⁵² Cf. TARUFFO. *La Semplice... cit.*, p. 83/85. Ainda: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. “Está probado que ‘p’”. *El Derecho en Acción: ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho, nº 6. Lima: ARA, 2010. Mas as expressões não foram banidas, como se vê em tese de doutorado defendida na PUC/SP e recentemente publicada: MACEI, Demetrius Nichele. *A Verdade Material no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁵³ A contraposição entre verdade material e verdade formal, ainda hoje largamente utilizada pela doutrina e jurisprudências brasileiras, foi considerada por Castro Mendes como “das invenções mais perniciosas para a clareza das ideias neste campo” (*Do Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, s/d., p. 387 e 401/402).

as provas atribuem às afirmações de fatos relevantes para a causa, a fim de que sejam considerados verdadeiros⁵⁴.

Em suma, até a decisão final, o processo é composto por afirmações de fatos hipotéticas e tendencialmente incertas, na medida em que cada postulante apresenta uma versão parcial (limitada e interessada) dos fatos. Evidentemente a conduta de uma das partes pode contribuir para dar razão à outra parte e, com isso, ensejar o conhecimento pleno e verdadeiro dos fatos, mas as afirmações sobre os fatos se mostram vinculadas à estratégia argumentativa, fazendo com que, por meio do contraditório, haja constantes “negações de verdade” entre as partes. O processo visa, portanto, a obter elementos para diminuir, até eliminar, esse estado de incerteza cognitiva. Provas e o procedimento em contraditório possibilitam, assim, a elaboração justificada de uma solução definitiva, com o afastamento daquela ignorância cognitiva até então presente. A admissão dessas provas, contudo, não é absoluta e conta com limitações normativas relacionadas a questões procedimentais, a vedações de meios de prova, impossibilidades materiais, ônus, presunções, relevância lógica e jurídica⁵⁵.

Dissociar a prova da busca da verdade tem levado ao protagonismo judicial que beira a sacralização idiossincrática, permitindo a “criação” do resultado do processo pelo juiz, acrescida da nota da infalibilidade. Considerar que a afirmação sobre um fato está provada, nessa perspectiva, é considerar que a fixação de um fato como comprovado é apenas um ato de vontade daquele que é o “destinatário” do resultado da instrução processual.

Os enunciados probatórios, isto é, aqueles que consideram provados determinados fatos, possuem natureza constitutiva, normativa ou descritiva⁵⁶. Aqueles que consideram que a verdade processual é aquela encontrada no interior do próprio processo, abstraindo a verificação efetiva do fato exterior, também não que entender que todo enunciado processual é verdadeiro⁵⁷, numa evidente posição solipsista sobre o tema.

⁵⁴ TARUFFO. Verdad y probabilidad... cit., p. 421 e ss. A probabilidade conta com estudos formais e sistemáticos desde o século XVII (elegu-se precisamente o ano de 1654, com estudos de Pascal), no campo matemático e no filosófico. PESTANA Dinis Duarte. VELOSA, Sílvio Filipe. *Introdução à Probabilidade e à Estatística*. vol. I. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 191/322. HACKING, Ian. *El Surgimiento de la Probabilidad: un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia*. Amplemente: TILLERS, Peter. GREEN, Eric D. (Org.). *L'Inferenza Probabilistica nel Diritto delle Prove: usi e limiti del bayesianesimo*. Milano: Giuffrè, 2003. Ainda: EGGLESTON, Richard. *Prova, Conclusione Probatoria e Probabilità*. Donata Romizi (trad.). Milano: Giuffrè, 2004. Cf., ainda, MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2013, p. 98/100.

⁵⁵ Cf. TARUFFO, Michele. Elementos para um análisis del juicio de hecho. *Sobre las Fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Beatriz Quintero (trad.). Bogotá: Temis, 2006, p. 213/252.

⁵⁶ BELTRÁN, Verdad... cit., p. 20/27.

⁵⁷ Sobre esse ponto: TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni. vol. III, t. 2, sez. 1. Milano: Giuffrè, 1992, p. 1/66. Do mesmo autor, mais amplamente, e com enfoque um pouco diverso: *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009. Ambas as obras possuem tradução para o idioma espanhol e a última também foi traduzida para o português.

Confundir a finalidade da prova com a convicção subjetiva do juiz traz um sem número de problemas.

A questão ideológica se faz fortemente presente na relação entre verdade e processo, na medida em que, se a verdade é uma finalidade necessária e uma condição para a justiça da decisão, há outros fatores que são levados em consideração e inspiram escolhas para a estrutura e o funcionamento do processo que afetam sua dimensão epistêmica⁵⁸.

Há que se prestigiar, pois, uma ideia conceitual de prova compatível com essa dimensão epistemológica do processo, em que se deve buscar uma verdade relativa e objetiva, porque seu conhecimento é extraído das provas que representam a base cognoscitiva em que a decisão sobre determinado enunciado que corresponda à realidade dos fatos encontra justificativa e também porque não decorre de preferências subjetivas e arbitrárias do julgador, fundando-se em razões objetivas encontradas nas provas do processo⁵⁹.

A racionalidade da prova, portanto, deve estar presente desde a sua admissibilidade, a fim de possibilitar a produção e valoração igualmente racionais.

Essas são as breves reflexões que extraímos dos textos do Professor Sergio Demoro Hamilton, a quem renovamos as homenagens devidas.

Rio, verão de 2020⁶⁰.

⁵⁸ Amplamente: TARUFFO. *La Semplice... cit.*, capítulo IV.

⁵⁹ TARUFFO. *La Semplice...cit.*, p. 83.

⁶⁰ Tradicionalmente, Demoro Hamilton encerra seus trabalhos registrando a estação do ano em que o trabalho foi escrito e, assim, reiteramos a homenagem.

As origens do princípio da obrigatoriedade da ação penal

Rodrigo Leite Ferreira Cabral*

1. Introdução

O grande obstáculo que se levantado contra a possibilidade de celebração de acordos penais – entre o Ministério Público e os investigados ou suspeitos da prática de delitos –, não há dúvidas, sempre foi o denominado princípio da obrigatoriedade da ação penal.

De acordo com esse princípio, nos casos de ação penal pública, uma vez existindo todos os elementos que viabilizem o oferecimento da acusação, o Ministério Público tem a obrigação de oferecer denúncia, sendo-lhe vedada a realização de qualquer tipo de juízo de oportunidade e conveniência ou a busca de soluções diversas ou alternativas à propositura da acusação¹.

Haveria, assim, uma verdadeira incompatibilidade entre o princípio da obrigatoriedade da ação penal e a possibilidade de soluções consensuais no âmbito da persecução penal.

Nesse contexto, pretende-se fazer aqui uma pesquisa, um pouco mais detalhada, sobre as origens do princípio da obrigatoriedade e as razões que o sustentam, que permitiram a sua ascensão e sobrevivência durante largo período em muitos países tributários do sistema penal continental.

Antes, porém, convém fazer um pequeno esclarecimento terminológico. Vários autores se referem ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, também, como princípio da legalidade ou legalidade processual penal. É muito comum, inclusive, o uso dessas expressões como sinônimas.

Nos parece, porém, que o princípio da legalidade é um pouco mais amplo, pois abrange o dever de investigar os fatos (CPP, art. 6º, *caput*²); a obrigatoriedade da ação

* Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha. Mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma Instituição. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Professor do PPGD (Mestrado) UNIBRASIL, Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná e Professor Titular do Programa de Doutorado em Ciências Penais da Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad San Carlos de Guatemala.

¹ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consenso e Oportunidade: Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo*, in: *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 339.

² “Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:”

penal³; a impossibilidade de desistência do processo penal (CPP, art. 42⁴) e a vedação de renúncia ao recurso já interposto (CPP, art. 576⁵).

Sem embargo, o fato é que no presente artigo se defende que a expressão “*princípio da legalidade*” para o âmbito processual deve ser abandonada, uma vez que gera confusões e leva a conclusões equivocadas⁶.

Feito esse breve esclarecimento conceitual, cumpre examinar as origens do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em nosso sistema, de matriz continental.

2. Histórico do princípio da obrigatoriedade

Como dito, para entender os motivos do surgimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal, é muito importante realizar uma pequena digressão histórica, compreendendo o contexto e os motivos de sua criação e essa é precisamente a missão deste artigo.

Esse histórico será feito de forma bastante breve. O objetivo é justamente pesquisar um aspecto fundamental para a compreensão do princípio da obrigatoriedade da ação penal, consistente em identificar, ao largo da histórica, a quem se atribuiu a responsabilidade por levar à cabo a persecução penal, examinando, especialmente, se o direito de ação (muitas vezes manifestado de forma bastante rudimentar) estava nas mãos de particulares ou se essa responsabilidade foi atribuída a um órgão público, como, por exemplo, o Poder Judiciário ou Ministério Público.

Essa distinção é bastante importante, uma vez que a obrigatoriedade da ação penal só tem sentido nos casos de ação penal pública, ou seja, quando o poder de iniciativa se encontra nas mãos do Estado.

³ É o único desdobramento do princípio da legalidade que não vem expresso em nosso Código de Processo Penal. Tentar extrair esse princípio do art. 24 (“Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”) do Código de Processo Penal, no mínimo, parece forçado.

⁴ “Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

⁵ “Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.”

⁶ Nesse sentido, se está de acordo com BINDER, quando preconiza que: “(...) o nome do princípio da legalidade em matéria processual é um nome confuso que gera problemas e deve ser abandonado. Em realidade, estávamos referindo-nos à obrigação que pesa sobre os servidores públicos de exercer a ação penal em todos os casos previstos na lei como delitos, salvo as exceções também estabelecidas (ação privada ou ações sujeitas à autorização particular ou estatal). Denominou-se também esta obrigação de ‘princípio da legalidade’, por sua proximidade com o princípio da legalidade em termos gerais (o princípio da legalidade do Estado ou o princípio da legalidade do Direito Administrativo, que rege a função pública de modo geral) que não se refere, certamente, ao princípio de legalidade em matéria penal que tem outras origens e outras funções.” BINDER, Alberto. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 152. No entanto, em muitas das referências históricas e em outras ocasiões, seguiu-se utilizando a expressão “*princípio da legalidade*” uma vez que foi adotada nas obras consultadas e por ser a normalmente empregada. A leitura dessa expressão, porém, deve ser feita sempre com vistas à ressalva aqui indicada.

Isso porque se estabelecer a obrigatoriedade da ação penal para o particular constitui uma opção muito pouco inteligente. Se o Estado tem interesse que sejam perseguidos determinados delitos (razão do princípio da oficialidade), em vez de ter que fiscalizar se o particular está cumprindo ou não esse dever de propor as ações penais, muito mais fácil e lógico assumir, o próprio Estado, essa atividade de acusar.

Em resumo, essa retrospectiva focará em quem detinha o poder de deflagrar a persecução penal na história e, quando nas mãos do Poder Público, se o exercício desse poder era obrigatório, buscando especialmente identificar as primeiras manifestações dessa obrigatoriedade.

O histórico abrangerá os momentos mais relevantes da história do processo penal de matriz constitucional.

(i) Atenas

Na época da Grécia antiga, em Atenas, a persecução penal era realizada com a participação direta dos cidadãos na tarefa de acusar e julgar, existindo um modelo oral, público e contraditório. Tratava-se do denominado sistema acusatório popular, em que os indivíduos (*Heliastatan*) cumpriam um papel fundamental na realização da acusação, vez que a persecução pública era feita apenas de forma subsidiária⁷. Assim, nesse período, a ação penal era privada e popular, não existindo, portanto, o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

(ii) Roma

Na história romana, é possível identificar três concepções distintas de processo penal, que foram configuradas de acordo com as respectivas etapas políticas daquela época: monarquia, república e império.

Na monarquia, adotava-se um modelo de persecução penal denominado *cognitio*. Nele não havia propriamente um processo. O magistrado atuava como representante da comunidade (ou melhor, do rei) e podia atuar de ofício, sem muitas limitações e sem um procedimento específico a ser seguido. O magistrado podia, portanto, deixar de investigar ou prosseguir na instrução do caso de acordo com o seu arbítrio, de forma inquisitiva e sem limites⁸. Não havia, portanto, obrigatoriedade, mas sim arbitrariedade.

Com o surgimento da república, o processo penal foi, paulatinamente, se transformando em acusatório. Desenvolveu-se assim o sistema da *Questio* ou *Acussatio*, que adotava o denominado procedimento centurio. Nele, retirou-se a função instrutória

⁷ BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 46-48; MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, fundamentos, 2a ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 269-272.

⁸ BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 55-58.

do juiz, que passou a ser exercida por um representante da comunidade que não fosse magistrado, o *accusatore*. Esse acusador poderia ser a pessoa que, direta ou indiretamente, tinha sido atingida pelo delito ou ser alguém que simplesmente pretendesse aperfeiçoar a prática do direito ou o exercício de funções públicas. O julgamento era feito por tribunais populares (os comícios). De tal maneira, as funções de acusar e julgar estavam separadas e eram exercidas por figuras distintas. A acusação não era, portanto, feita por um órgão público e poderia ser promovida por qualquer cidadão, que preenchesse a condição de *accusatore*⁹. Não havia, pois, obrigatoriedade na acusação.

Na última fase da Roma antiga, a do império, ascendeu o sistema da *Extraordinaria Cognitio*, que, obviamente, passou a atender aos anseios do novo regime. Assim, aos poucos, foram sendo extintos os tribunais populares, ao passo que foram aparecendo tribunais profissionais. Passou-se a adotar a persecução de ofício e o direito de acusar voltou a ser exercido por autoridades públicas. As funções dos magistrados, uma vez mais, foram se expandindo, até o ponto de o magistrado voltar a acumular as funções de acusar e de julgar. Veja-se que, inicialmente, a atuação de autoridades públicas era feita só em casos extraordinários, quando os particulares deixavam de exercer a persecução em casos de interesse público. Mas, essa situação que, no começo, era excepcional, passou, posteriormente, a ser a regra¹⁰. É dizer, no Império, o poder de investigação e julgamento eram acumulados por magistrados (autoridades públicas), que atuavam ou não de acordo com os interesses do Imperador e de seu governo.

(iii) Sistema germânico

O processo penal, no sistema germânico, passa a se impor depois da queda do Império Romano. Ele tinha, também, uma forte característica privada. A acusação era formulada pelas partes atingidas (sistema acusatório privado) e constituía uma nítida manifestação de vingança privada¹¹.

Era permitido às partes a realização de acordos (*compensatio*) e, caso não se chegasse a ele, havia uma reclamação judicial (*Busse*), que era apresentada pelo ofendido ou sua família, de modo que a persecução penal ficava nas mãos dos particulares¹². Nesse sentido, não havia obrigatoriedade da ação penal.

⁹ BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 59-61.

¹⁰ BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 80-82.

¹¹ ANITUA, Gabriel I.; BORINSKY, Mariano H. Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos, in *Sistemas Procesales Penales comparados*. Edmundo S. Hendler (org.). Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 455; BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 80-82. MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, fundamentos, 2ªed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 624-627.

¹² BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 65-69.

(iv) Inquisição

O sistema inquisitivo é altamente complexo e desenvolveu-se com profundidade na Europa continental, em virtude da grande influência do Direito Canônico na legislação laica, como foi o caso do Direito Inquisitivo espanhol (e seu Tribunal do Santo Ofício), alemão (com a Lei Carolina – *Peinlich Gerichtordnung Karl V. Constitutio Criminalis Carolina*), francês (com a Lei de 1670) e italiano (em suas diversas manifestações nas organizações municipais)¹³.

Foi a partir da Inquisição, na Alta Idade Média, que o processo penal continental passou a seguir um caminho distinto do anglo-saxão. Enquanto no sistema inglês, a persecução penal seguiu (como no sistema germânico) confiada à vítima, que era a responsável por levar a cabo os processos penais; no sistema continental, as questões criminais passaram a ser consideradas como algo que transcendia o interesse meramente privado do ofendido¹⁴.

Desse modo, a partir do século XIII, passou a vigorar na Europa continental o sistema inquisitivo, oriundo do Direito Eclesiástico e das novas organizações Estatais¹⁵.

Inicia-se, portanto, um relevante movimento de publicização da persecução penal. De tal maneira, nos delitos em que Deus ou o príncipe eram os ofendidos, a acusação passou a ser pública e obrigatória, constituindo, assim, a semente fundamental do princípio da obrigatoriedade da ação penal, como conhecemos hoje¹⁶.

No século XVI, essa concepção de processo se expandiu para todos os tipos de delitos e se espalhou por todo o continente. Desenvolveu-se, também, a figura do procurador, como representante do soberano. Com isso, o poder de iniciativa deixava de ser da vítima, passando para as mãos do Estado, uma vez que os delitos, em geral, começam a ser encarados como uma lesão da ordem e das leis do Soberano, que eram representadas pelo Procurador¹⁷.

Sobre esse movimento de publicização do processo no período da inquisição, AMBOS afirmam:

¹³ Cf.: MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, fundamentos, 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 288-328.

¹⁴ DAMAŠKA, Mirjan. *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, Journal of International Criminal Justice, Volume 2, Issue 4, December 2004, p. 1020-1021.

¹⁵ ANITUA, Gabriel I.; BORINSKY, Mariano H. Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos, in: *Sistemas Procesales Penales comparados*. Edmundo S. Hendler (Org.). Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 455.

¹⁶ ANITUA, Gabriel I.; BORINSKY, Mariano H. Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos, in: *Sistemas Procesales Penales comparados*. Edmundo S. Hendler (Org.). Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 455.

¹⁷ ANITUA, Gabriel I.; BORINSKY, Mariano H. Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos, in: *Sistemas Procesales Penales comparados*. Edmundo S. Hendler (Org.). Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 455.

Em contraposição ao processo acusatório privado da Grécia e de Roma – que foi o processo predominante até a codificação do “Sachsenspiegel” da Alta Idade Média –, o novo processo constituía um assunto ou conflito de caráter público e, como tal, dirigido a averiguar a verdade material, com a ajuda de meios de provas racionais. É certo que, junto a esse novo processo, continuava existindo o processo acusatório privado, o qual, sem embargo, ia progressivamente perdendo relevância, devido, fundamentalmente, a duas razões: em primeiro lugar, porque nesse processo o acusador particular tinha que realizar, por si mesmo, toda a investigação prévia ao processo, ademais de ter que pagar uma caução, que era estabelecida; e, em segundo lugar, este processo não afetava o direito da inquisição – “*remedium accusationis non faciat cessare remedium inquisitionis*” –, diante do que o processo acusatório privado foi ficando encurralado pelo processo inquisitivo. A acusação em numerosos direitos particulares correspondia à “Fiskalat”, um funcionário especial submetido diretamente ao senhor feudal.¹⁸

Nesse sentido, na tradição do sistema continental, a persecução penal inquisitória fica a cargo de um ente estatal, o Ministério Público. Por essa razão – precisamente por não ser um particular –, é visto como um ator que se encontra em um plano hierárquico superior ao do acusado, buscando cumprir finalidades que transcendem a mera resolução do conflito, já que o delito não é mais visto como uma questão simplesmente particular, mas como um problema que envolve um interesse público. Nesse contexto – e isso interessa ao tema em questão –, na prática, acaba ficando muito difícil o desenvolvimento de um sistema em que a solução dos casos penais passa pela celebração de um acordo entre as partes¹⁹.

Por essas razões, o sistema inquisitório continental acaba tomando um caminho em que a solução consensual acaba não surgindo, problema esse que não é encontrado no horizonte adotado pelo sistema inglês, em que o processo penal tem uma conotação claramente privada, que pode muito bem ser solucionada por meio de acordo entre as partes envolvidas no conflito²⁰.

¹⁸ AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica, in: *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Lorena Bachmaier Winter (Org.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 58.

¹⁹ DAMAŠKA, Mirjan. *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, Journal of International Criminal Justice, Volume 2, Issue 4, December 2004, p. 1021.

²⁰ É importante frisar, sem embargo, que, em um primeiro momento, pelo menos até o século XIX, no sistema anglo-saxão, não se fazia necessária adoção de um modelo de consensual, em que se concedia benefícios ao acusado em troca de acordos penais. Isso porque, os julgamentos nessa época eram bastante curtos (em um só dia, julgavam-se entre doze e vinte casos - ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History, in *Columbia Law Review*, vol. 79, No. 1 (Jan., 1979), p. 8) e os acusados não tinham quase nenhum direito que

Apesar dessa forte publicização do processo penal da fase da Inquisição, é certo que o princípio da obrigatoriedade da ação penal não era inerente ao sistema inquisitório²¹.

(v) A revolução francesa e o Código Napoleônico de 1808

O processo inquisitivo, ainda que tenha tido as mais distintas matizes, vigorou na Europa continental por mais de cinco séculos.

Diante disso, era bastante natural que a revolução francesa, pelo menos inicialmente, propugnasse a adoção de um modelo totalmente distinto do adotado no período absolutista. Assim, as propostas revolucionárias para o sistema penal buscavam um sistema acusatório, fundado numa ampla participação popular nos órgãos judiciais e no enaltecimento do indivíduo e seus direitos fundamentais²².

Por essa razão, o modelo utilizado como referência pelos revolucionários foi o inglês, de modo que esse sistema foi acolhido pela Lei processual de setembro de 1791, em que foi adotado um sistema de julgamento pelo júri, em um processo público, oral e contraditório, com a possibilidade de acusadores públicos eleitos²³.

Com relação à forma de exercício da ação penal, na verdade, esse sistema criou um procedimento um pouco caótico. Nele, poderiam coexistir a acusação pública, a acusação privada e, também, a acusação popular (*dénonciation civique*)²⁴.

Essa experiência durou pouco. Com a mudança no clima político, acabou sendo editado o *Code des délits et des peines* de 1795 (Código de Brumário). Ele restabeleceu a investigação escrita e secreta e eliminou a eleição dos acusadores públicos²⁵.

puddessem oferecer em troca de um acordo. Isso não significa que não eram realizados acordos nesse primeiro momento de desenvolvimento do sistema inglês. Quando eram úteis, a realização de acordos era realizada sem maiores problemas. Esse é o caso do uso das denominadas testemunhas da coroa (*crown witnesses*), em que havia a realização de uma avença, como uma espécie de delação premiada. Em troca de uma delação favorável à acusação era oferecida impunidade total aos delatores. Cf.: DAMAŠKA, Mirjan. *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, Journal of International Criminal Justice, Volume 2, Issue 4, December 2004, p. 1021-1022. É curioso notar, também, que o que gerou a necessidade da adoção de um sistema de acordo foi precisamente o desenvolvimento dos direitos do acusado. Isso porque, com mais garantias, os julgamentos pelo júri começaram a ficar muito mais demorados e complexos, o que favoreceu o florescimento do *plea bargain*, cf.: FEELEY, Malcolm M. *Legal Complexity and the Transformation of the Criminal Process: The Origins of Plea Bargaining*, 31 Isr. L. Rev. 183 (1997), p. 202.

²¹ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 155.

²² MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, fundamentos, 2a ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 343

²³ ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia, in: *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Lorena Bachmaier Winter (Org.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 141-142.

²⁴ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, fundamentos, 2a ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 343

²⁵ ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia, in: *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Lorena Bachmaier Winter (Org.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 142. MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, fundamentos, 2a ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 347.

Essa alteração legislativa, porém, não foi suficiente para aplacar as críticas ao novo sistema. Assim, foi editada a Lei de 1801, que criou, de forma efetiva, o Ministério Público e atribuiu a função de realizar a investigação secreta e escrita a um juiz de instrução²⁶.

Essas sucessivas mudanças legislativas, foram amadurecendo e sedimentando as bases que fundaram a criação do Código Napoleônico, marco fundamental na história do nosso processo penal e que exerceu (e ainda exerce) grandíssima influência nos sistemas continentais²⁷.

Assim, em 1808, cria-se o *Code d'instruction criminelle*, que funda efetivamente um novo sistema processual penal (denominado sistema misto²⁸). Nele, o processo penal era dividido em duas fases: i) uma investigatória, de natureza inquisitória (encomendada ao juiz de instrução) e ii) outra acusatória, contraditória e pública²⁹.

Todo esse desenvolvimento legislativo ocorrido depois da Revolução de 1789, culminando com o Código Napoleônico de 1808, não apagou vários ideais iluministas.

Durante todo esse tempo, permaneceu muito forte a ideia de que o Poder Executivo e Judiciário deveriam estar vinculados à Lei. De acordo com essa ideia, preconizada principalmente por Rousseau, a Lei constituía expressão da vontade geral, devendo, portanto, os demais Poderes estar imprescindivelmente submetidos a ela, com o fim de evitar-se as arbitrariedades do *Ancien Régime*³⁰.

Nesse sentido, pairava uma séria desconfiança sobre o Poder Judiciário e, para os iluministas, era precisamente o princípio da legalidade que amarrava suas mãos, já que os juízes eram tão somente, na clássica expressão de MONTESQUIEU, “a boca que pronuncia as palavras da lei”³¹.

Assim, acreditavam os iluministas que a lei limitaria o arbítrio dos juízes, vez que, como também defendia MONTESQUIEU, “no governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei”³².

²⁶ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, fundamentos, 2a ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 348.

²⁷ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, fundamentos, 2a ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 350.

²⁸ Ou sistema inquisitivo reformado, como prefere BOVINO, in: BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 78.

²⁹ ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia, in: *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Lorena Bachmaier Winter (Org.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 142.

³⁰ ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 132.

³¹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175.

³² MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000 p. 87. É importante registrar que MONTESQUIEU criticou abertamente o sistema de ação popular que existia em Roma, elogiando o sistema francês que adotava uma acusação pública, por meio do Ministério Público: “Possuímos hoje uma lei admirável: é esta que determina que o príncipe, estabelecido para fazer executar as leis, coloque um oficial em cada tribunal, para perseguir, em seu nome, todos os crimes”. MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São

Desse modo, de acordo com os ideários da revolução francesa, o princípio da legalidade surgiu como um limite claro, que o poder do povo (o Legislativo) impunha aos juízes, pois, como afirma BOVINO, “o Poder Judiciário é a *longa manus* do monarca que a revolução cidadã de 1789 pretendeu amputar”³³.

Nesse contexto é que o princípio da legalidade, inclusive na sua vertente processual, floresceu.

Aliás, nessa mesma toada, é certo afirmar que KANT foi um dos precursores do princípio da legalidade processual. Na sua obra *Rechtslehre*, de 1797/1798, além de outros argumentos, apresenta um importante silogismo, que leva à uma ideia de que, sempre que ocorresse um delito, seria imperativa a aplicação da pena. Esse raciocínio era desenvolvido por meio do seguinte silogismo lógico. A premissa maior era: “*Homicídio deve ser punido*”, a premissa menor, “*A é um homicida*”, e a conclusão, “*A deve ser punido*”³⁴.

Desse modo, quando KANT defende que “*A deve ser punido porque cometeu um delito*”, acaba por lançar as bases fundamentais do princípio da legalidade processual³⁵, do qual, como já vimos, deriva o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Aliás, FEUERBACH também foi considerado como um dos pioneiros no desenvolvimento do princípio da legalidade processual (e não só da legalidade penal, como é bastante conhecido). Em seu *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, de 1799, muito embora não empregasse, ainda, essa nomenclatura (*Legalitätsprinzip*), acaba por assentar, também, as bases desse princípio³⁶.

Nesse sentido, para FEUERBACH existem dois fundamentos para o que hoje chamamos de princípio da legalidade processual: i) o primeiro decorre da necessidade de vincular-se sempre o criminoso à pena, pois “*ninguém que se compromete com a ilicitude do fato, sem se submeter ao mal a ela conectado*”³⁷; e ii) o segundo consiste na ideia de que a ameaça de pena, por si só, não se basta, pois deve existir, no caso da prática de

Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 92. A referência que acusação pública era feita pelos procuradores-gerais ou procuradores do rei consta à p. 585.

³³ BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 72. Como consigna, ARMENTA DEU: “A partir da Revolução Francesa é firme a convicção de que a Lei expressa a vontade geral e que a submissão a ela dos poderes executivos e judiciário era o necessário instrumento para evitar as arbitrariedades do Ancien Régime”. ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesuales penales: La justicia penal en Europa y América*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 132.

³⁴ HRUSCHKA, Joaquim. Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts, in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Dunker & Humblot, p. 17 e 26.

³⁵ HRUSCHKA, Joaquim. Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts, in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Dunker & Humblot, p. 17 e 26.

³⁶ HRUSCHKA, Joaquim. Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts, in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Dunker & Humblot, p. 26.

³⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Band I. Erfurt: Henning, 1799, p. 49.

um delito, uma necessidade legal absoluta de punição³⁸. Desse modo, a Lei indica aos agentes do Estado qual a pena judicial deve ser empregada³⁹.

Como diz HRUSCHKA, “fica claro que o princípio da legalidade decorre dessas considerações”⁴⁰, uma vez que, de acordo com FEUERBACH, a Lei impõe aos Juízes e aos órgãos de persecução penal o dever de punir os criminosos⁴¹.

Assim, como afirma GRECO, para FEUERBACH: “A lei penal seria um imperativo, um imperativo categórico: é dizer, sempre que seus pressupostos fáticos estejam preenchidos, o juiz estaria obrigado a impor a consequência jurídica. Os juízes teriam que aplicar a lei”⁴².

Assim, a ideia da imprescindibilidade de se aplicar uma pena, quando alguém comete um delito, acaba reverberando na concepção de que a instauração de um processo penal, também, constituía um imperativo categórico decorrente da prática de um delito.

Com isso, desagua-se numa concepção de exaustividade do processo penal, pois, como aponta BINDER:

Será (...) na segunda etapa desse sistema inquisitivo, reelaborado sob o molde modernista do novo Estado Bonapartista, que se assume a pretensão de se encarregar de todo o caso, de toda infração que, como tal, manifesta sua gravidade por sua realidade ou sua potencialidade de desobediência, não pelo fato em si. É também por isso que o princípio da legalidade processual está intimamente vinculado ao nascimento do Ministério Público. Será, então, a versão inquisitiva do sistema misto, que se expressa no que conhecemos como “modelo misto”, que assume essa vocação de exaustividade, sobre a base de um estadismo que vai se acentuando ao longo dos séculos vindouros e desembocará nos grandes totalitarismos do século XX.⁴³

É, portanto, a partir dos influxos do iluminismo, reforçados pela Revolução Francesa, pelo Código Napoleônico e pelas proposições de KANT e FEUERBACH,

³⁸ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Band I. Erfurt: Henning, 1799, p. 50.

³⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Band I. Erfurt: Henning, 1799, p. 148.

⁴⁰ HRUSCHKA, Joaquim. Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts, in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Dunker & Humblot, p. 27.

⁴¹ HRUSCHKA, Joaquim. Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts, in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Dunker & Humblot, p. 28.

⁴² GRECO, Luis. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 61.

⁴³ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 155.

que o princípio da obrigatoriedade da ação penal (também denominado por alguns de princípio da legalidade processual) atinge o seu ápice, espraiando-se, posteriormente, para todos os ordenamentos jurídicos por ele influenciados.

Com isso, é possível identificar as origens e os fundamentos do nascimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que, apesar dos seus altos e baixos e da série de críticas que desde sempre vem sofrendo, permanece – ainda que de modo inconsciente – configurando as formas de conceber os sistemas processuais penais de origem continental.

(vi) No Brasil

No Brasil, não é possível afirmar que o Código de Processo Criminal do Império (Lei de 29 de novembro de 1832⁴⁴) ou mesmo a Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841⁴⁵, tenham adotado expressamente o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

A primeira manifestação do princípio da obrigatoriedade no Brasil se dá com a Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871, sendo que, em seu art. 15, se pretende abolir o procedimento *ex officio* dos juízes como regra. As exceções eram para os casos de flagrante delito, de crimes policiais ou quando houvesse inércia do Ministério Público no oferecimento da acusação.

A obrigatoriedade decorre, justamente, da obrigação de oferecer denúncia no prazo, sob pena de multa a ser aplicada ao Promotor Público, conforme se verifica dos §§ 3º ao 5º do art. 15, *verbis*:

§3º Não estando o réo preso nem a fiançado, o prazo para a queixa ou denuncia será igualmente de cinco dias, contados da data em que o Promotor Publico receber os esclarecimentos e provas do crime ou em que este se tornar notorio.

⁴⁴ Os artigos 37 e 74 disciplinavam a atuação do Promotor Público. Em nenhum desses artigos, estava consignado expressamente um dever de acusar, *verbis*: “Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes: 1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Codigo Criminal; e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Familia Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras. 2º Solicitar a prisão, e punição dos criminosos, e promover a execução das sentenças, e mandados judiciaes. 3º Dar parte ás autoridades competentes das negligencias, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça. (...) Art. 74. A denuncia compete ao Promotor Publico, e a qualquer do povo: §1º Nos crimes, que não admittem fiança. §2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade. §3º Nos crimes contra o Imperador, Imperatriz, ou algum dos Príncipes, ou Princesas da Imperial Familia, Regente, ou Regencia. §4º Em todos os crimes publicos. §5º Nos crimes de resistencia ás autoridades, e seus officiaes no exercicio de suas funções. §6º Nos crimes em que o delinquente fôr preso em flagrante, não havendo parte que o accuse.”

⁴⁵ Os artigos 22 e 23 compunham o capítulo III, do Título I, e era denominado “Do Promotor Público”. Nada refere, porém, sobre os deveres a ser cumpridos, muito menos de obrigatoriedade.

§4º As autoridades competentes remetterão aos Promotores Públicos ou seus adjuntos as provas que obtiverem sobre a existencia de qualquer delicto, a fim de que elles procedam na fôrma das leis.

§5º Se esgotados os prazos acima declarados, os Promotores Públicos ou seus adjuntos não apresentarem a queixa ou denuncia, a autoridade formadora da culpa procederá *ex-officio*, e o Juiz de Direito multará os Promotores ou adjuntos omissos na quantia de 20\$000 a 100\$000, se não offerecerem motivos justificativos de sua falta.

Referidos dispositivos claramente indicam a obrigatoriedade da ação penal⁴⁶, mesmo porque à essa época já estava bastante solidificada essa ideia, que, como visto, surgiu no período iluminista.

Passado o período de dualidade legislativa, em que os Estados poderiam criar seus próprios Códigos de Processo Penal (que não cumpre aqui examinar pela sua complexidade), veio finalmente o nosso atual Código de Processo Penal de 1941, que gerou uma séria discussão sobre se tinha ou não adotado o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Sobre o tema, é bastante rica a exposição apresentada pelo nosso homenageado, Dr. Sergio Demoro Hamilton, em seu artigo “A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do Código de Processo Penal”, cuja leitura é bastante relevante para a compreensão do contexto da discussão sobre o assunto, trazendo o debate doutrinário da época⁴⁷.

A posição do Procurador de Justiça aposentado, ora homenageado, era no sentido de que, muito embora nosso Código de Processo Penal não o fizesse de forma explícita, não há dúvidas de que adotou o princípio da obrigatoriedade. Sua conclusão é extraída de uma interpretação sistemática do art. 10 da Lei nº 3.434/58 (Código do Ministério Público), do art. 342 e do 357, §1º, ambos do Código Eleitoral e do art. 24 do Código de Processo Penal⁴⁸.

No entanto, no mesmo artigo, DEMORO comenta de forma elogiosa a proposta da adoção de uma obrigatoriedade relativa, prevista no Anteprojeto de Reforma do

⁴⁶ GAZOTO, Luis Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública*. Barueri: Manole, 2003, p. 75.

⁴⁷ DEMORO, Sergio Hamilton. A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do código de processo penal, *in: Revista de direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*. Imprensa: Guanabara, Procuradoria Geral da Justiça, 1967, p. 29-35.

⁴⁸ DEMORO, Sergio Hamilton. A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do código de processo penal, *in: Revista de direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*. Imprensa: Guanabara, Procuradoria Geral da Justiça, 1967, p. 32.

Código de Processo Penal (imagina-se, pela época do artigo, tratar-se do projeto do professor Frederico Marques, ainda que não exista referência expressa nesse sentido).

Asseverou o nosso homenageado o seguinte sobre o anteprojeto:

Ensejou-se (...) ao Ministério Público a oportunidade de, em face do caso concreto, emitir, *hic et nunc*, um juízo de valor a respeito da propositura da ação penal, atento às condições pessoais do indiciado, à repercussão social do fato típico e à natureza da infração penal.

Ao adotar o princípio da obrigatoriedade relativa, condicionando o ajuizamento da ação penal pública a razões de política criminal, o anteprojeto inovou, parecendo-nos experiência válida que muito poderá contribuir para a melhor distribuição da justiça penal.⁴⁹

Com isso, é possível verificar a posição de vanguarda do homenageado e as críticas que já se faziam, desde aquela época (1967), ao princípio da obrigatoriedade da ação penal puro.

Sem embargo, é fato que o fantasma do princípio da obrigatoriedade da ação penal continua assombrando muitos processualistas penais, inclusive nos dias atuais. É, portanto, urgente que ele seja repensado e ressignificado, abandonando-se o que dele é prejudicial e mantendo aquilo que tem de positivo para o desenvolvimento do nosso processo penal brasileiro.

3. Conclusão

Examinando essa breve retrospectiva histórica, é possível extrair-se algumas conclusões que são bastante relevantes para a compreensão do princípio da obrigatoriedade da ação penal e das possibilidades de consenso no processo penal.

A primeira conclusão é a de que o princípio da legalidade processual penal (ou da obrigatoriedade) teve sua origem primordial no ideário iluminista e servia como uma espécie de remédio contra os abusos, arbítrios e perseguições que ocorriam no *Ancien Régime*.

No entanto, esse princípio acabou por virar-se contra o indivíduo, uma vez que a ideia de obrigatoriedade como limite ao arbítrio transformou-se na conclusão de que a pena judicialmente aplicada é a única resposta possível às práticas delitivas⁵⁰.

⁴⁹ DEMORO, Sergio Hamilton. A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do código de processo penal, in: *Revista de direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*. Imprensa: Guanabara, Procuradoria Geral da Justiça, 1967, p. 35.

⁵⁰ BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 79.

A segunda conclusão é a que – além da obrigatoriedade – uma concepção publicista de cariz autoritário, que via o Estado como superior ao indivíduo, dificultou sobremaneira o desenvolvimento de soluções consensuais nos sistemas de origem continental. Afinal, o imputado era visto como inferior e, por essa razão, indigno de sentar-se à mesa com o Estado para tentar solucionar a questão penal de outra forma que não fosse por meio de uma sentença penal condenatória.

Por fim, concluir-se pela imprescindibilidade, como dito, da resignificação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que já começou a ser feito pela Lei nº 9.099/95 e agora alcança o seu ápice com a reforma parcial do nosso Código de Processo Penal, pela denominada Lei Anticrime, que inseriu o art. 28-A em nosso diploma legal, adotando-se o denominado acordo de não persecução penal⁵¹.

Bibliografia

ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History, *in: Columbia Law Review*, vol. 79, No. 1 (Jan., 1979).

AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica, *in: Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Lorena Bachmaier Winter (Org.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

ANITUA, Gabriel I.; BORINSKY, Mariano H. Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos, *in: Sistemas Procesales Penales comparados*. Edmundo S. Hendler (Org.). Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

BINDER, Alberto. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal: art. 28-A do Código de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2020 (no prelo).

⁵¹ Para um exame pormenorizado sobre o instituto, cf.: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal: art. 28-A do Código de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2020 (no prelo).

COSTA ANDRADE, Manuel. Consenso e Oportunidade: Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo, *in: Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1988.

DAMAŠKA, Mirjan. *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, Journal of International Criminal Justice, Volume 2, Issue 4, December 2004.

DEMORO, Sergio Hamilton. A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do código de processo penal, *in: Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*. Imprensa: Guanabara, Procuradoria Geral da Justiça, 1967.

FEELEY, Malcolm M. *Legal Complexity and the Transformation of the Criminal Process: The Origins of Plea Bargaining*, 31 Isr. L. Rev. 183 (1997).

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Band I. Erfurt: Henning, 1799.

GAZOTO, Luis Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública*. Barueri: Manole, 2003.

GRECO, Luis. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

HRUSCHKA, Joaquim. Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts, *in: Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Dunker & Humblot, 2011.

ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia, *in: Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Lorena Bachmaier Winter (Org.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, fundamentos, 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 27ª ed. München: Beck, 2012.

Demoro e a heterodoxia do sistema acusatório brasileiro

Rogério Pacheco Alves*

Sumário

1. Introdução. 2. Formas históricas de arbitramento de danos e responsabilidades e os sistemas processuais penais. 3. A heterodoxia do sistema acusatório brasileiro e a imparcialidade judicial. 4. Conclusão: a importância das reflexões de demoro em face do atual ativismo judicial. Referências.

1. Introdução

Tem sabor de lugar comum a afirmação de que o processo penal é um caminho inafastável à aplicação da pena, mas, também, um limite ao poder punitivo, em razão da necessidade de observância do devido processo legal (*a law of the land* dos anglo-saxões). Ou seja, há uma conatural tensão no processo penal, marcado, por um lado, pela pretensão punitiva do Estado e, por outro, pela liberdade do réu. Há também uma íntima correlação entre delito, pena e processo penal (a instrumentalidade do processo penal), do que decorre a centralidade do princípio *nulla poena, nulla culpa sine processo e sine iudicio*. Numa visão crítica e mais consentânea com os princípios constitucionais, sobretudo com o princípio democrático, Afrânio Silva Jardim esclarece que na aplicação da norma material o interesse coletivo e o individual podem entrar em conflito, cabendo à Constituição e à lei “disciplinarem cuidadosamente a prevalência do primeiro sobre o segundo, sem reduzi-lo senão na justa medida do interesse público”.¹ Por conta disso, “sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução penal criminal” recaindo sobre o Estado o ônus de alegar e provar, assegurados constitucionalmente a instrução contraditória e o princípio da ampla defesa, o que faz com que o Direito Processual Penal seja fortemente comprometido com a questão da liberdade.²

Assim, o processo penal, enquanto instrumento de pacificação social e de composição de conflitos, é, ao menos em tese, uma importante conquista civilizatória, uma saída histórica da autotutela e da autocomposição e, por ocupar o lugar de um *terceiro imparcial*, o Estado-Juiz ostenta as melhores condições para prestar a jurisdição

* Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Promotor de Justiça (MPRJ).

¹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 353.

² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*, ob. cit., p. 349.

penal sem desencadear ódio e o sentimento de vingança na parte vencida. Isto significa que o Estado absorve os conflitos sociais não assimilados socialmente e filtra tais conflitos através do processo penal e da jurisdição penal, o que possibilita que o conflito chegue ao Juiz “depurado de todos os elementos estranhos e metajurídicos, possibilitando uma composição justa e fria da lide, capaz de devolver à sociedade o conflito já absorvido e desgastado pela forma estrutural do processo”.³ Naturalmente, os conflitos sociais e as tensões não desaparecem em razão da persecução penal, como em um golpe de vara mágica, sendo o processo muito mais um instrumento político de participação, com maior ou menor intensidade, conforme evolua o nível de democratização da sociedade.⁴

2. Formas históricas de arbitramento de danos e responsabilidades e os sistemas processuais penais

Como é também largamente conhecido, a pena, num primeiro momento, é uma reação coletiva de caráter religioso (por exemplo, os castigos bíblicos à sodomia, adultério, fornicação etc.), dando-se, posteriormente, a transformação da sanção religiosa em sanção civil, mas ainda privada (o Estado era indiferente ao resultado da batalha processual).

Historicamente, as maneiras pelas quais os homens arbitram os danos e as responsabilidades são duas:⁵ as que buscam a resolução do conflito, mesmo abrindo mão da apuração a respeito da prática do fato criminoso, desde que a solução do conflito se dê de forma satisfatória e de acordo com as regras do grupo social; e o *acertamento do caso*, o modelo tradicionalmente adotado pelo mundo ocidental. Na ação privada, por exemplo, prepondera a busca da solução do conflito, pois o ofendido pode abrir mão da ação penal ou dela desistir. O mesmo se dá na transação penal (infrações de menor potencial ofensivo). Nestes casos, não há lugar para a confirmação dos fatos (provas, debate contraditório, presunção de inocência, motivação das decisões etc.), cumprindo o juiz o papel de um mero atestador da regularidade do procedimento ou de incentivador do acordo.⁶

Na Antiguidade, há ainda uma forte relação entre direito, moral e religião e a falta de mecanismos claros a respeito da forma de solução de conflitos, um emaranhado de regras não escritas e desconexas (hábitos, costumes, religião etc.) faz com que prevaleça a tradição. A punição era aplicada apenas nos casos em que a conduta causava danos irreparáveis, quando colocasse em risco o grupamento social ou quando praticada por membros de outras tribos. Havia, ainda, uma indistinção entre danos “penais” e

³ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*, ob. cit., p. 72.

⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41.

⁵ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª edição. Tradução de Roberto Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 11 e ss.

⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, ob. cit., p. 68.

danos “civis” e o exercício do poder judiciário concentrava-se nas mãos dos sacerdotes. No direito romano, com o surgimento da *accusatio* (também denominada *judicium publicum* ou *quaestio*), o direito penal e o processual penal ganham maior consistência, adotando-se, na República, um processo contraditório, público e oral, que, contudo, apresentava problemas, tais como a impunidade do criminoso, a formulação de acusações falsas, a deturpação da verdade etc.⁷

Na Idade Média, verifica-se uma redução do papel da justiça, que passa a ser desempenhada pela Igreja, que vê o crime não só como uma questão de interesse privado, mas, sobretudo, como um problema de salvação da alma (pecado). A punição passa, então, a ser um momento de expiação da culpa. Surge o procedimento inquisitorial e uma forma peculiar de busca da verdade, em substituição às ordálias e juízos de Deus. O procedimento inquisitorial atende a exigências eclesíásticas e também a exigências civis, em razão da percepção de que a expansão da criminalidade tinha por causa a expansão econômica. A partir do século XIII, o modelo inquisitivo passa a prevalecer e migra também para a justiça laica. O novo modelo sugere uma maior racionalidade, se comparado com o “barbarismo” e com a “irracionalidade” do modelo anterior. Mas, como adverte Foucault, se nos juízos de Deus o objetivo era a superação do conflito causado pela prática do crime, no sistema inquisitivo o objetivo é instaurar um eficaz instrumento de gestão à disposição da nova estrutura de poder que se forma então na Europa continental: “o inquérito na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira de o poder se exercer”.⁸ Por isso, não se trata de um mero processo de progresso da racionalidade, mas sim de uma nova técnica de gestão.

Na Alta Idade Média, o essencial era o dano, não havia ainda o problema da falta, da infração, do pecado e da culpabilidade. Mas, a partir do momento em que o inquérito se introduz na prática judiciária, surge a noção de infração à soberania, à lei e ao poder e por isso Nilo Batista fala de um processo de “deslizamento de sentido do crime-dano para o crime-desobediência”.⁹ Com as conotações religiosas do inquérito, o dano passa a ser também uma falta moral e surge uma conjunção entre a lesão à lei e a falta religiosa, uma conjunção que ainda está presente entre nós.

O inquérito é uma forma de saber-poder¹⁰ e suas características, durante a inquisição, eram a forma escrita, o segredo destituído de contraditório e a iniciativa do juiz para a deflagração do procedimento. Na verdade, o juiz inquisidor concentra as três funções do processo penal (acusação, defesa e julgamento), ou seja, o processo

⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, ob. cit.

⁸ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução de Roberto Machado e Eduardo Jardim Morais. 3ª edição. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 73.

⁹ BATISTA, Nilo. Quatro Décadas Depois. In: *Michel Foucault no Brasil*. Ana Paula Kiffer et alii (org.). Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Nau, 2015, p. 125.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Ob. cit., p. 74-78.

inquisitório é unilateral e o juiz exerce uma atividade multiforme. Além disso, a prisão torna-se a regra, o acusado é considerado mero objeto da investigação e a tortura, que visa à confissão, é adotada como método prioritário para a busca da “verdade real”.¹¹ Em suma, “o sistema inquisitório correspondeu a uma concepção absolutista de Estado, em teoria política, e a progressiva publicidade do direito penal, em termos de teoria jurídica”, concebendo-se o delito como um ataque à ordem social e o julgamento como uma questão de Estado.¹²

Na modernidade, a partir dos Séculos XVII e XVIII e sob os influxos do iluminismo, inicia-se o período moderno de administração da justiça criminal. Os personagens centrais dessa mudança paradigmática são Beccaria (*Dos Delitos e das Penas*, Século XVIII), Montesquieu (*O Espírito das Leis*, *idem*) e Rousseau, que defenderão a secularização do direito penal e da finalidade da pena, além da mui conhecida teoria da separação dos poderes. Por conta disso, os principais marcos do direito penal e do direito processual penal da modernidade são a abolição da tortura, a criação (ou consolidação) da figura do Ministério Público como órgão acusador, a oralidade e a publicidade. Há, como se sabe, uma enorme importância da Revolução Francesa na configuração de tal modelo e neste momento surge um sofisticado pensamento (em Kant, por exemplo) de construção de um sujeito racional e, porque racional, responsável (culpabilidade), sendo a liberdade, a vontade e a responsabilidade os componentes do tripé da filosofia moral moderna.

Na modernidade, acentua-se a tendência a um sistema acusatório, mas com a manutenção da primeira fase ainda inquisitiva (juiz-instrutor), o que se denomina sistema acusatório formal ou misto. A ação penal podia ser exercitada pelo Ministério Público, pelo ofendido ou por qualquer pessoa e era indisponível no sentido em que resultava das investigações realizadas pelo juiz-instrutor.¹³

De todo modo, a história do direito penal e do processo penal não é um caminho contínuo em direção ao progresso do homem, não é uma “grande narrativa”, muito embora não se possa negar as vantagens da superação de um modelo “bárbaro” de aplicação

¹¹ Na Espanha, o processo inquisitorial surge a partir do Século XIII, instaurando-se, ao lado da justiça comum, uma jurisdição religiosa, o Santo Ofício, um dos mais cruéis do período da Inquisição e que só foi abolida, definitivamente, em 1834. A partir do Século XV, diminui a influência da jurisdição da Igreja e os poderes do monarca são fortalecidos. Surge uma categoria de funcionários que exercem o poder real de punir por delegação, entre estes os denominados “procuradores do rei”, origem do Ministério Público. Isso não impede que os juízes ajam de ofício. A propósito, v. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, ob. cit.

¹² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, ob. cit., p. 87.

¹³ Atualmente, ainda vigora o sistema misto em parte da Europa, como por exemplo na França e Espanha. Na Alemanha, Itália e Portugal vigora o sistema acusatório, mesmo que mitigado em alguns momentos. Na Inglaterra, predomina o sistema de acusação privada e o julgamento pelo júri e se garante um alto nível de acusatoriedade. Nos EUA, prevalece o sistema acusatório, com o protagonismo do Promotor de Justiça e produção da prova exclusivamente pelas partes. Há também uma ampla disponibilidade quanto ao conteúdo da pretensão penal (*plea bargaining*). A propósito, v. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, ob. cit.

da pena. O que ocorre é uma mudança do objetivo político, e não, propriamente, um progresso ético e, para Foucault¹⁴, há três fatores históricos fundamentais à compreensão do iluminismo penal, a saber, o crescimento demográfico, a multiplicação das riquezas e uma maior valorização jurídico-moral do direito de propriedade, tendo em conta que, sobretudo a partir das Revoluções liberais, a burguesia coloca a sua fortuna nas mãos das classes populares, surgindo daí a necessidade de criação de sistemas de vigilância permanente (o ladrão, o vagabundo e o pobre são os novos tipos de criminosos). Disso decorre a necessidade de reduzir o poder do soberano e criar um sistema mais eficiente de punições, pauta central que decorre do iluminismo penal. Em suma, a “humanização” das penas e do processo tem o objetivo de legitimar o exercício do poder punitivo e o sistema penal passa a ser um cálculo utilitário (conter e punir as ilegalidades populares contra a propriedade; limitar e precisar o sistema penal, inclusive através da codificação; organizar a justiça e seus meandros burocráticos, ritos, órgãos, papéis etc.; instaurar um poder disciplinar nas instituições de execução penal etc.).¹⁵

Como quer que seja, o humanismo penal representa inegável avanço em face do modelo anterior, sobretudo ao instituir o sistema acusatório como regra da persecução penal, face e expressão do princípio da separação de poderes. E, neste novo cenário, o Juiz imparcial cumpre um papel fundamental de legitimação racional do sistema punitivo estatal.

3. A heterodoxia do sistema acusatório brasileiro e a imparcialidade judicial

A estrutura e o sistema eleitos pela Constituição e pelas leis de um país são um termômetro de sua maior ou menor adesão ao princípio democrático e dois são os elementos fundamentais para a compreensão dos chamados “sistemas processuais”, a saber: a forma como se dá a apuração dos fatos, ou seja, a atividade probatória das partes e a posição ocupada pelo juiz nesta busca da verdade; e como se relacionam as partes processuais na busca da apuração dos fatos.

Em linhas gerais, o Sistema Inquisitório foi o que prevaleceu de meados do século XII até o final do século XVIII (em alguns países, até o XIX). No Século XIII, tal sistema ganha força com a instituição do Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, na Europa, sendo suas principais características: a aglutinação de funções na pessoa do Juiz (juiz-acusador, juiz-defensor e juiz-julgador), que atua de ofício; a atribuição de amplos poderes instrutórios ao Juiz (iniciativa e gestão) que, por conta disso, não é imparcial; o investigado e o réu são meros objetos de investigação (e não sujeitos de direitos, partes); o processo é sigiloso; não há contraditório pleno; não há igualdade de armas; o juiz decide a partir de sua íntima convicção (ou certeza moral).

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, ob. cit., p. 100-102.

¹⁵ O humanismo penal prepara o terreno para o que Foucault chamaria de “poder disciplinar”, cujo ponto de aplicação não é representação do infrator, mas o corpo, o tempo, os gestos, as atividades e os hábitos do indivíduo.

Já o Sistema Acusatório, também em linhas gerais, pode ser caracterizado pela clara distinção entre as funções de acusar e julgar, decorrência, dentre outros, do princípio da separação de poderes (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore*); pelo protagonismo probatório das partes, e não do Juiz, que ocupa um lugar de equidistância e é imparcial (além de ser o juiz previamente competente, por força de lei); pela publicidade processual; pelo predomínio da oralidade; pela igualdade de armas, o que confere ao réu o *status* de parte processual (e ao seu defensor o estatuto jurídico de essencialidade à administração da justiça); pelo caráter dialético do processo (contraditório)¹⁶ em que se garante a ampla defesa, com a possibilidade de impugnação das decisões judiciais; pela necessidade de fundamentação das decisões judiciais. É, como se sabe, o sistema adota pela CF/88 (*v.g.*, no art. 129, I, que dá ao MP a titularidade da ação penal pública;¹⁷ nos incisos LIV, XXXVII, LIII e LV do art. 5º, que garantem o devido processo legal, o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa etc.). O Sistema Acusatório é o ambiente natural das garantias processuais e, na síntese extremamente didática de Ferrajoli:

[p]ode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.¹⁸

Há uma conexão indelével entre processo e democracia, ou seja, à vedação de que o processo seja um instrumento de opressão do Estado e mesmo de opressão de uma maioria (o papel contramajoritário da jurisdição penal). As garantias ínsitas ao Sistema Acusatório são instrumentais, são os meios processuais de garantia dos direitos. Para Geraldo Prado:

¹⁶ Método de confrontação da prova e de comprovação da verdade processual. O contraditório atende à estrutura dialética do processo acusatório e à concepção de que as partes são sujeitos da relação processual e, como tais, titulares de direitos, deveres, poderes, sujeições, ônus etc. A igualdade entre as partes no processo é uma consequência do contraditório e a observância do contraditório é uma garantia da imparcialidade do juiz.

¹⁷ Para Afrânio, para além de tais garantias, que hoje já contam com expressa referência no texto Constitucional, a cláusula do devido processo legal está vinculada diretamente à depuração do sistema acusatório consagrado pelo art. 129, I, da CF. Tal depuração passa pela garantia de independência do Poder Judiciário (independência e neutralidade, vedação a qualquer atividade persecutória) e do Ministério Público (independência funcional, Princípio do Promotor Natural, inamovibilidade, controle externo da atividade policial) e pela guarida especial que a defesa encontra na Constituição (contraditório e ampla defesa [5º, LV e LIV], art. 133 da CF etc.). Ou seja, “é preciso preencher a cláusula do devido processo legal de elementos concretos e práticos, de forma a assegurar no processo o princípio da estrita legalidade dos atos do Poder Público, como é próprio do Estado democrático de direito”. (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*: Estudos e Pareceres, ob. cit., p. 364)

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et alii*. São Paulo: RT, 2014, p. 519-520. Haveria, ainda, o Sistema Misto, inaugurado pelo Código Napoleônico de 1808, que seria um sistema inquisitório no momento pré-processual e acusatório na fase processual.

Aceitando-se a epistemologia peculiar ao garantismo penal, os preceitos da presunção de inocência, da reserva de jurisdição (...) e o do *habeas corpus* constituem a base das garantias pelas quais historicamente ao menos se assegura o primado de uma jurisdicionalidade em sentido lato, enquanto o contraditório, a distribuição do ônus da prova, a *iniciativa da parte para a ação* e a defesa concreta do acusado conformam a jurisdicionalidade em sentido estrito.¹⁹

Além disso, o processo deve preencher a cláusula constitucional do *devido processo legal* (formal e também substancial), formando os princípios processuais um sistema coerente e unitário.²⁰ Na arquitetura do sistema acusatório a imparcialidade do Juiz, garantida pela distinção das funções processuais, é o princípio central do processo, entendendo-se por imparcialidade uma postura de alheação do julgador (terceiro) relativamente aos interesses das partes. A imparcialidade é um efeito da adoção do Sistema Acusatório, que erige o Ministério Público ao *status* de titular da ação penal de iniciativa pública (art. 129, I, CF) e consagra o princípio da demanda (*Ne procedat iudex ex officio*). Juiz imparcial é o Juiz natural, ou seja, aquele cuja competência é previamente estabelecida pelo legislador (art. 5º, XXXVII, LIII e XXXV, CF/88), o juiz não impedido (art. 252 CPP e 144 CPC) e não suspeito (art. 254 CPP e 145 CPC), a que a Constituição Federal estabelece uma série de garantias e vedações (art. 95 da CF).

¹⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, ob. cit., p. 45 – grifamos.

²⁰ “A unidade do sistema (...) depende (...) do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram (...) como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar (...) o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juiz e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, ob. cit., p. 38). Há dois elementos fundamentais da epistemologia garantista: Garantias penais (definição legislativa do desvio punível, convencionalismo penal resultante do princípio da legalidade estrita; crime é o que diz lei, e não a moral, a “justiça”, a “verdade” etc.) e processuais (comprovação jurisdicional do desvio punível). Relativamente a este segundo elemento (princípio da estrita jurisdicionariedade), dirá Ferrajoli que “é preciso também que as hipóteses acusatórias (...) sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, ob. cit., p. 40-41). Cuida-se de um processo de cognição ou de comprovação que, tanto quanto possível, exclui as valorações, ou seja, um processo de afirmações e negações. A atividade jurisdicional, neste esquema epistemológico, não é meramente potestativa nem sequer discricionária, mas sim uma atividade de verificação empírica (concepção cognitiva da jurisdição), o que pressupõe a separação entre direito e moral e entre direito e natureza: “a condenação de quem se tenha comprovado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu. Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da pena (...)”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 42). À *epistemologia garantista* se opõe a *epistemologia inquisitiva ou antigarantista*, baseada na concepção substancialista do desvio penal (“objeto de conhecimento e tratamento penal não é apenas o delito enquanto formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial e, para além dele, a pessoa do delincente” [doutrinas moralistas do crime enquanto pecado; doutrinas naturalistas do crime enquanto uma anormalidade; doutrinas pragmáticas ou utilitaristas, centradas na ideia de periculosidade do autor etc.] (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, ob. cit., p. 45).

Pois bem. Todas estas questões, longe de serem triviais, já aparecem no pensamento de Sergio Demoro Hamilton em um importante texto de 1974, intitulado “A Forma Acusatória Pura, uma Conquista do Anteprojeto”,²¹ em que nosso autor criticará fortemente os chamados procedimentos judicialiformes, previstos no art. 531 do Código de Processo Penal (processo das contravenções penais)²² e posteriormente ampliados pela Lei nº 4.611/65 (processos por crimes de homicídio e lesão corporal culposos).²³ No texto, após relembrar que os procedimentos *ex-officio* são admitidos desde, pelo menos, o Código de Processo Criminal do Império (1832), Demoro afasta o argumento da “celeridade” dos processos *ex-officio* e, alinhando-se a Frederico Marques, Galdino Siqueira e Pimenta Bueno, dispara de forma impiedosa:

(...) a iniciativa do procedimento por parte da autoridade judiciária ou policial, agora muito ampliada após a vigência da malfadada Lei nº 4.611, veio subverter o sistema adotado em nosso Código, que consagrou, como regra, o princípio acusatório, criando uma situação esdrúxula, onde a jurisdição opera sem o prévio exercício da ação, com violação ao brocardo *nemo iudex sine actore* (...).

A própria designação procedimento *ex-officio*, encontradíssima na doutrina, padece de propriedade técnica, pois, diante do sistema adotado pelo Código, é, em regra, ao Ministério Público que incumbe o impulso processual *ex-officio*, atuando ele como órgão do Estado promotor da ação penal, em obediência ao princípio da legalidade.²⁴

O tema vai reaparecer num outro texto, publicado em 2002,²⁵ em que Demoro, logo de início, ressalta que é o sistema acusatório o que guarda perfeita compatibilidade com o regime democrático.²⁶ Posta tal premissa, Demoro questionará se, de fato, o processo penal brasileiro adotaria o sistema acusatório, para logo em seguida responder negativamente, apontando diversos resquícios de inquisitorialismo: na atuação do Juiz como

²¹ O anteprojeto em questão é o “Anteprojeto Frederico Marques” (1970) que, diferentemente do “Anteprojeto Tornaghi” (1963), adotou a forma acusatória pura ao proscrever os procedimentos judicialiformes.

²² Hipótese que, a partir da nova redação dada pela Lei nº 11.719/08, não mais subsiste. Mas não deixa de ser curioso que até hoje o art. 26 do CPP preveja os procedimentos *ex-officio* para as contravenções (Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial), em afronta ao texto constitucional, que no art. 129, I, consagra o sistema acusatório entre nós.

²³ Revogada pela Lei nº 9.099/95 (art. 97).

²⁴ HAMILTON, Sergio Demoro. A Forma Acusatória Pura, uma Conquista do Anteprojeto. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 20, jul./dez. 1974, p. 64.

²⁵ HAMILTON, Sergio Demoro. A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia. In: *Processo Penal*; Reflexões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

²⁶ HAMILTON, Sergio Demoro. *A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia*, ob. cit., p. 129.

fiscal do princípio da obrigatoriedade (art. 28 do CPP); na possibilidade de requisição de instauração de inquérito policial pelo Juiz (art. 5º, II, do CPP); na tramitação do inquérito policial através do Poder judiciário (art. 10, §1º e 3º, entre outros, do CPP), ressalvada a necessidade de alguma medida cautelar (*v.g.*, a prisão preventiva, a busca, apreensão etc.); na possibilidade de decretação do sequestro de bens do indiciado, pelo Juiz, na fase do inquérito policial (art. 127 do CPP); na possibilidade de decretação da prisão preventiva pelo Juiz, de ofício (art. 311 do CPP); no procedimento do Júri, através da vinculação do libelo acusatório à pronúncia (art. 416 do CPP);²⁷ na possibilidade de decretação de interceptações telefônicas pelo Juiz, de ofício, ainda na fase investigatória (art. 3º da Lei nº 9.296/96) etc.

Especificamente sobre o tormentoso tema da produção de provas de ofício pelo juiz, Demoro é enfático no sentido de que a sua admissão, como prevista literalmente pelo Código,²⁸ fere o sistema acusatório. Em suas palavras:

Não procede, de forma alguma, a alegação no sentido de que a iniciativa judicial no campo probatório não compromete a imparcialidade do juiz. Soa-me evidente que o magistrado, ao tomar a iniciativa da produção de determinada prova em favor da acusação antevê determinado resultado, pois do contrário não teria sentido a providência (...).

No campo da ação penal pública, dispomos de um Ministério Público qualificado, intelectual e moralmente, para atuar a contento, sem a necessidade do auxílio do juiz, desequilibrando a balança em favor do autor da ação penal.

Por que, então, o *bis in idem* em detrimento do réu?

Por que dois órgãos do Estado (o Ministério Público e o juiz) devem alinhar-se na persecução criminal em desfavor do réu?²⁹

²⁷ Hipótese afastada pela nova redação dada ao dispositivo pela Lei nº 11.689/08.

²⁸ A redação do art. 156, antes da alteração promovida pela Lei nº 11.690/08, era a seguinte: “art. 156. 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”. A atual redação do dispositivo é no seguinte sentido: “art. 156. 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”. Como se vê, a Lei nº 11.690/08 ampliou os casos de prova de ofício pelo magistrado.

²⁹ HAMILTON, Sergio Demoro. *A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia*, ob. cit., p. 149.

Por tudo isso, seria mais apropriado falar-se, entre nós, de um sistema misto. Mas o que de fato importa recolher das advertências de Demoro é o enorme risco à imparcialidade judicial se admitida, como natural, a heterodoxia do sistema acusatório brasileiro, a despeito da clara opção constitucional (art. 129, I, CF).

4. Conclusão: a importância das reflexões de Demoro em face do atual ativismo judicial

Um ditado irônico do medievo dizia que “Quem tiver um juiz por acusador precisa de Deus como defensor. Mas, às vezes, isso não é suficiente”.

Naturalmente, o direito, enquanto manifestação cultural, estrutura-se a partir dos valores sociais de seu tempo. Como dirá Afrânio Silva Jardim, os sistemas processuais e seus princípios dependem dos valores éticos e democráticos cultuados pela sociedade, não havendo, por outro lado, em razão da necessidade de construção de compromissos políticos entre as ideias em choque, em sistema jurídico algum, a adoção pura e absoluta de um determinado princípio.³⁰

De todo modo, o atual texto constitucional faz uma clara opção pelo sistema acusatório e, em consequência disso, pela imparcialidade judicial, que deve ser preservada enquanto um valor fundamental da democracia. Disso resulta a atualidade das reflexões de Sergio Demoro Hamilton, tecidas durante os “anos de chumbo”.

Se pensarmos que, ainda hoje, o Supremo Tribunal Federal se arroga ao papel de instaurar e instruir inquéritos policiais,³¹ fica evidente que as lições de Demoro ainda não foram plenamente assimiladas. Ou seja, já era possível vislumbrar em suas palavras, na década de setenta, um alerta contra um maléfico ativismo judicial no campo do processo penal, ativismo que ignora a distinção de funções, em que juízes e tribunais se enxergam como “vingadores”, mais justiceiros do que justos juízes, “vanguardas iluministas” de uma sociedade que, supostamente, clamaria por intervenções salvíficas de um poder que sequer consegue compreender o seu papel constitucional, que é o de salvaguardar os direitos fundamentais.

Mais recentemente, a Lei nº 13.964/19, alterando o Código de Processo Penal, instituiu o denominado “Juiz das Garantias”, prevendo, entre outras providências,³² que o Juiz que

³⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*: Estudos e Pareceres, ob. cit., p. 43.

³¹ Inquérito Policial nº 4781, instaurado em 14/03/19, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, para investigar possíveis notícias falsas (*fake news*), ofensas e ameaças dirigidas a ministros da corte e seus familiares.

³² “Art. 3º-A. *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.*

Art. 3º-B. *O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário*, competindo-lhe especialmente:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal;
II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

praticar qualquer ato na fase investigatória (arts. 4º e 5º do Código de Processo Penal, que disciplinam os atos investigatórios do inquérito policial) “ficará impedido de funcionar no processo”. Não sei o que Demoro pensa sobre o novo instituto, ainda é muito cedo para conclusões definitivas sobre as consequências de sua adoção, mas não tenho dúvida de que a controvérsia que já se verifica no meio jurídico recoloca a urgência de suas reflexões.

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - 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, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.

§ 1º (VETADO).

§ 2º 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 assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 3º-C. *A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.*

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão pensados aos autos do processo

Enfim, que as lições dos velhos mestres, que as lições do querido Sergio Demoro Hamilton em especial, possam ainda ecoar nas mentes e corações dos “operadores do direito”, homens e mulheres do século XXI incumbidos da realização da justiça.

Referências

BATISTA, Nilo. Quatro Décadas Depois. In: *Michel Foucault no Brasil*. Ana Paula Kiffer et alii (Org.). Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Nau, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4ª edição. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et alii. São Paulo: RT, 2014.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª edição. Tradução de Roberto Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 11 e ss.

HAMILTON, Sergio Demoro. A Forma Acusatória Pura, uma Conquista do Anteprojeto. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 20, jul./dez. 1974.

_____. A Ortodoxia do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro: Uma Falácia. In: *Processo Penal; Reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. § 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Art. 3º-D. *O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.*

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Art. 3º-E. *O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.*

Art. 3º-F. *O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.*

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no *caput* deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão”.

Do poder instrutório judicial e da sujeição a exame no sub-relatório do Projeto do Novo Código de Processo Penal

Sauveí Lai

Sumário

1. Da introdução. 2. Da restrição ao poder probatório judicial de ofício. 3. Da instituição da sujeição obrigatória a exame. 3.1. Do introito e do estudo do direito estrangeiro. 3.2. Da proposta de restrições legais para o projeto do novo CPP. 4. Da conclusão.

1. Da introdução

Em 1997, o Procurador-Geral de Justiça Hamilton Carvalhido nomeou o professor Sergio Demoro Hamilton para a presidência da comissão¹ instituída no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPERJ)², a fim de fornecer subsídios para a Comissão Especial de Reforma do Código de Processo Penal (CPP), instalada pelo então Ministro da Justiça Iris Rezende.

Sete meses depois, em 11/04/1998, o trabalho do colegiado – que abrangeu sugestões a respeito de inquérito policial, ação penal, procedimento do Júri e recursos – foi concluído, remetido ao Ministério da Justiça e publicado na revista do MPERJ³.

Na época, o professor Sergio Demoro Hamilton alertou que as reformas setoriais – e que resultaram dez anos após na Lei nº 11.689 de 09/06/2008, na Lei nº 11.690/2008 e na Lei nº 11.719/2008 – apresentavam “grave risco da fragmentação do sistema, ensejando a que, aos poucos, o próprio Código de Processo Penal deixe de existir como um todo orgânico”⁴.

A advertência soou premonitória e surtiu efeito, porquanto menos de um ano depois da promulgação das supracitadas legislações, em 22/04/2009, houve a entrega pela Comissão de Juristas, coordenada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ). Membro do grupo de trabalho da sub-relatoria revisora do projeto do novo Código de Processo Penal (CPP).

¹ Composta pelo Procurador de Justiça José Muiños Piñeiro Filho e pelos Promotores de Justiça Afrânio Silva Jardim, Alexandre Vianna Shott e Rogério Pacheco Alves.

² Através do Ato nº 1.331 de 08/09/1997.

³ Revista nº 8 de jul./dez. de 1998.

⁴ Revista do MPRJ nº 8 de jul./dez. de 1998, p. 275.

Hamilton Carvalhido⁵, ao Senado Federal do anteprojeto do novo CPP⁶, que foi aprovado, em 08/12/2010, e encaminhado à Câmara dos Deputados, em 23/02/2011, para revisão.

Na Casa Baixa do Congresso Nacional, o projeto do novo CPP foi tombado⁷ e designaram-se para presidência e relatoria-geral da comissão especial os deputados federais Fábio Trad e João Campos, além do deputado federal fluminense Hugo Legal como relator parcial dos capítulos “Das Provas” e “Das Ações Autônomas”, que, em 21/08/2019, instituiu um grupo de trabalho para assessorá-lo, honrando-me, em 25/09/2019, com o convite para integra-lo.

Aqui, vale registrar como o destino age misteriosamente: no prelúdio de 1997, conheci o professor Sergio Demoro Hamilton, através do meu colega de turma do curso preparatório, Eduardo Demoro, saudoso sobrinho-filho do homenageado. E, quando da aprovação no MPERJ em dezembro de 1998, o instei para ser meu padrinho institucional na entrega de insígnia na cerimônia da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ). Vinte e dois anos depois, consulto seus artigos jurídicos para exercer um papel semelhante ao dele no processo penal brasileiro.

Com brevíssimo tempo para desenvolver as propostas – apenas 1 mês –, optei por me dedicar a poucos temas sobre provas, como (1) a restrição ao poder probatório judicial de ofício, (2) a instituição de sujeição obrigatória a exame, (3) a admissibilidade excepcional de prova derivada da ilícita ante a teoria da tinta purgada e (4) a facultatividade do exame de corpo de delito, que culminou na defesa das teses em audiência pública na Câmara dos Deputados, em 31/10/2019⁸, que foram devidamente acatadas e inseridas no sub-relatório apresentado na Casa Baixa, em 27/11/2019.

A fim de não cansar o leitor, proponho tecer sucintas considerações sobre (1) a restrição ao poder probatório judicial de ofício e (2) a instituição de sujeição obrigatória a exame, que estão no art. 165 do sub-relatório do novo CPP com a redação, sugerida por mim, *in textus*⁹:

Art. 165. A prova será requerida pelas partes.

§ 1º A prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

§ 2º É autorizado ao juiz, de forma *complementar* à atuação das partes, ordenar a produção de prova sempre que entender necessário para a devida elucidação do fato objeto do julgamento.

⁵ Ex-Procurador-Geral de Justiça do MPERJ, que indicara o professor Sergio Demoro Hamilton para presidir a Comissão do MPERJ sobre a reforma do CPP em 1997.

⁶ Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009.

⁷ Projeto de Lei nº 8.045 de 2010.

⁸ www.camara.leg.br/evento-legislativo/58253.

⁹ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A7DEF69977F2CB835A8B4F7D59E499D7.proposicoesWebExterno2?codteor=1840339&filename=Tramitacao-PL+8045/2010.

§ 3º Qualquer pessoa que se recusar ou obstar a exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, poderá ser *obrigada a colaborar por decisão da autoridade judiciária competente*, sem prejuízo da pena da pena de crime de desobediência do art. 330 do Código Penal, quando:

I. houver prévio elemento informativo da investigação de autoria e de materialidade de crime punido com pena privativa de liberdade superior a 2 anos;

II. a prova não puder ser obtida por outro meio;

III. o exame respeitar a dignidade de quem a ele se submeter com o uso moderado dos meios coercitivos e necessários, se possível, para a obtenção do elemento de prova;

IV. o exame de intervenção corporal invasiva será realizado por médico, desde que não coloque em risco a saúde ou a vida da pessoa submetida a ele. (grifo nosso)

2. Da restrição ao poder probatório judicial de ofício

Com efeito, a reforma do CPP em 2008, ainda em vigor, sofrera severas críticas do professor Sergio Demoro Hamilton, pois permitia-se “*ao juiz, em flagrante violação ao sistema acusatório (art. 129, I, da CF), atuar de ofício, determinando, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas desde que as considere urgentes e relevantes (art. 156, I)*”¹⁰, porém o art. 212, *in fine*, que regulamentou a produção de prova testemunhal, mereceu aplausos, ao limitar o juiz a complementar a inquirição somente depois das perguntas feitas pelas partes. Sob o ponto de vista do homenageado “*a via traçada pela nova lei é a mais compatível com o sistema acusatório, que, de acordo com o Texto Magno, deveria orientar toda a legislação processual penal, de maneira a garantir a imparcialidade do juiz*”¹¹.

Seguindo a linha de raciocínio do professor Sergio Demoro Hamilton, o §2º do art. 165 do sub-relatório do novo CPP adotou a regra da prova testemunhal do código vigente – elogiada por ele – como norma geral para todas espécies de provas, deixando clara a função primária e principal das partes no campo probatório e relegando ao juiz o papel de coadjuvante em uma atuação meramente subsidiária, de modo que se compatibilizou o sistema acusatório e a imparcialidade do juiz (art. 129, I, da Constituição da República) com a busca da verdade processual, que não pode impedi-lo de ordenar diligências em caráter suplementar. Tal solução encontrou forte resistência na maioria dos membros do grupo de trabalho, que pretendiam suprimir completamente o poder

¹⁰ Revista do MPRJ n° 33 de jul./set. de 2009, p. 92.

¹¹ Revista do MPRJ n° 33 de jul./set. de 2009, p. 100.

instrutório judicial, sob o argumento de se violar o sistema acusatório puro norte-americano (*adversarial system* em decorrência do caráter quase privatista do processo penal dos Estados Unidos da América) – no qual, em regra, o juiz é mero árbitro na instrução das decisões proferidas pelos jurados –, não obstante a tradição brasileira¹² e a nossa fonte jurídica-histórica no direito lusitano¹³ e no europeu continental¹⁴ (concepção mais publicista do processo de impulso ou desenvolvimento oficial), ponderações lançadas por mim e aceitas pelo deputado sub-relator.

Todavia, em 24 de dezembro de 2019 foi sancionada a Lei nº 13.964 (Pacote Anticrime), cujo art. 3º-A estatui 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*” (grifo nosso), merecendo uma perquirição mais pormenorizada em artigo próprio. Percebe-se, contudo, que o dispositivo se encontra no capítulo do Juiz das Garantias e, por conseguinte, da fase pré-processual. Deste modo, o impedimento probatório não se destinaria, à primeira vista, à instrução criminal. De mais a mais, existe uma enorme dificuldade em se delinear qual seria a prova de que a acusação se aproveitaria, porquanto, como acentuou professora Ada Pellegrini Grinover, “(...) quando o juiz determina que se produza uma prova não requerida pelas partes (...), *ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo nem sabe qual parte será favorecida por sua produção*”¹⁵ (grifo nosso), sepultando as especulações no que tange à quebra da imparcialidade, quando se ordena diligências oficiosamente no processo, a fim de sanar dúvidas em caráter complementar às provas trazidas pela acusação ou defesa. Infere-se, portanto, que não se pode cercear o juiz na busca da verdade processual ou aproximativa, mormente ante as dificuldades resultantes das regras de preclusão das provas que se sobrepoê às partes (art. 41 e art. 396-A do CPP).

3. Da instituição da sujeição obrigatória a exame

3.1. Do introito e do estudo do direito estrangeiro

De outra sorte, o §3º do art. 165 do sub-relatório introduziu a sujeição obrigatória a exame, sob a inspiração do CPP português¹⁶, como ocorre igualmente nos principais

¹² STF, HC 116.301/MG: “Por fim, mister ressaltar que fora concedido ao embargante, em 08/03/2007, o benefício do livramento condicional, informação constante da FAC, f. 98, e verificada no site deste Egrégio Tribunal” (grifo nosso). Disponível em <http://www.stf.jus.br/>.

¹³ Art. 340.1 do Decreto Lei nº 78/87: “O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis.

¹⁴ CPP germânico, Section 221, *Strafprozessordnung (StPO)*: “*The presiding judge may also order ex officio the production of further items serving as evidence*”. Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, nº 15, p. 26.

¹⁶ Art. 172 do Decreto Lei n. 78/87: “1 - Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente. 2 - É

países europeus¹⁷ e nos EUA¹⁸, que colocam a vedação da autoincriminação na obtenção da prova como corolário da dignidade humana (art. 1º, III, da CR) e do direito ao silêncio¹⁹ (art. 5º, LXIII, da CR) na esteira da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²⁰, e não do direito de defesa negativa (art. 5º, LV, da CR), como reputam diversos autores nativos²¹ e estrangeiros (*verba gratia*, Abin Eser²²).

No Reino Unido, berço da consagração do *nemo tenetur se detegere*²³, não restam dúvidas quanto à relação umbilical daquele princípio com o direito ao silêncio²⁴. E no solo lusitano, nossa antiga metrópole, “a doutrina portuguesa não deixa de referir que o princípio protege (...) a dignidade da pessoa e direitos fundamentais com ela relacionados

correspondentemente aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 154.º e nos n.º 5 e 6 do artigo 156.º. 3 - Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Ao exame só assistem quem a ele proceder e a autoridade judiciária competente, podendo o examinando fazer-se acompanhar de pessoa da sua confiança, se não houver perigo na demora, e devendo ser informado de que possui essa faculdade”. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

¹⁷ CPP germânico, *Section 81a, StPO*: “(1) A physical examination of the accused may be ordered for the purposes of establishing facts which are of importance for the proceedings. For this purpose, the taking of blood samples and other bodily intrusions which are effected by a physician in accordance with the rules of medical science for the purpose of examination shall be admissible without the consent of the accused, provided no detriment to his health is to be expected. (2) The authority to give such order shall be vested in the judge and, if a delay would endanger the success of the examination, also in the public prosecution office including the officials assisting it (section 152 of the Courts Constitution Act)”. Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/english_stpo/english_stpo.html.

¹⁸ *US versus Wade*: “Neither the lineup itself nor anything required therein violated respondent’s Fifth Amendment privilege against self-incrimination since merely exhibiting his person for observation by witnesses and using his voice as an identifying physical characteristic involved no compulsion of the accused to give evidence of a testimonial nature against himself which is prohibited by that Amendment” (grifo nosso). Disponível em <https://www.supremecourt.gov/>.

Gilbert versus California: “The Fifth Amendment privilege against self-incrimination reaches compulsory communications, but a mere handwriting exemplar, in contrast with the content of what is written, is an identifying physical characteristic outside its protection” (grifo nosso). Disponível em <https://www.supremecourt.gov/>.

¹⁹ “O direito ao silêncio constitui assim o núcleo quase absoluto do *nemo tenetur*”. DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O DIREITO À NÃO AUTO-INCULPAÇÃO (NOMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE) NO PROCESSO PENAL E CONTRA-ORDENACIONAL PORTUGUÊS*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 21.

²⁰ Art. 5º: “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” (grifo nosso).

Art. 12º: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua *vida privada*, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem *ataques à sua honra e reputação*. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei” (grifo nosso). Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>.

²¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 2010, p. 547.

²² ANDRADE, Manuel da Costa. *SOBRE AS PROIBIÇÕES DE PROVA EM PROCESSO PENAL*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 121.

²³ DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O DIREITO À NÃO AUTO-INCULPAÇÃO (NOMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE) NO PROCESSO PENAL E CONTRA-ORDENACIONAL PORTUGUÊS*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 9.

²⁴ Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), *Saunders versus UK*: “the Court considered that the principle against self-incrimination did not cover “material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, *inter alia*, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing” (grifo nosso). Disponível em <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/por&c=>.

como os direitos à integridade pessoal e à privacidade”²⁵. Repita-se, não se enxerga vínculo algum com a chamada defesa negativa. De igual modo, deduz-se das garantidas de todos os acusados do art. 14, III, g, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (Decreto nº 592/92)²⁶ e do art. 8.2.g da Convenção Americana dos Direitos Humanos²⁷.

É por esta razão que o art. 348 do Código Penal português combinado com o art. 152, nº 3, do Código de Estrada de 1994²⁸ preveem crime de desobediência com pena de até um ano de prisão para quem se recusar a soprar o bafômetro. O que se deve perguntar na produção dessa prova – e de outras – é se existe algum atentado à dignidade humana, ou seja, se a mesma é degradante, humilhante, vil e se coloca em risco a integridade física ou a vida da pessoa que se sujeita a ela²⁹. Aquele que indaga se soprar o bafômetro ofende o direito de defesa (negativa) faz a pergunta errada, induzindo a resposta que lhe convém. Sob esse cenário, em uma interpretação mais drástica, até a coleta compulsória da impressão digital – do raio-x nos aeroportos, do *body scanner* nos presídios e da colocação em uma fila de pessoas para reconhecimento pessoal – feriria de morte o direito de defesa e, em *ultima ratio*, a vedação da autoincriminação, tornando-a inadmissível (art. 5º, LVI, da CR combinado com o art. 157 do CPP). Não é por acaso que em Portugal o perfil de DNA é denominado impressão digital genética³⁰ (*genetic fingerprint*), para não haver qualquer objeção ao exame para a obtenção da primeira prova, pois indiscutivelmente não existe quanto à segunda.

Outro caso interessante ocorreu na Alemanha, onde acolhe-se por completo a prova de colaboração ativa ou de tolerância passiva e cujo tribunal constitucional não vislumbrou qualquer nulidade na conduta da polícia em impedir um determinado réu de frustrar seu reconhecimento, que insistia em balançar a cabeça e fechar os olhos, a fim de dificultar sua identificação, porque ele não fora coagido a praticar uma atividade positiva, mas apenas forçado a cessar a desobediência ilícita à sua obrigação de tolerância

²⁵ DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O DIREITO À NÃO AUTO-INCULPAÇÃO (NOMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE) NO PROCESSO PENAL E CONTRA-ORDENACIONAL PORTUGUÊS*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 15.

²⁶ Art. 14, III, g: “De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>.

²⁷ Art. 8.2.g: “Direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/default.asp>.

²⁸ Art. 152, nº 3: “As pessoas referidas nas alíneas a) e b) do nº 1 que *recusem* submeter-se às provas estabelecidas para a deteção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de *desobediência*” (grifo nosso). Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

²⁹ Acórdão 34/2012 do Tribunal Constitucional português: “Em face do já dito, é de concluir que a norma que é objeto do presente recurso, enquanto *incrimina o comportamento* daquele que *desobedece* a ordem de autoridade ou de agente de autoridade de submissão a prova de deteção de álcool no sangue através de pesquisa no ar expirado, *não viola* o artigo 21º, primeira parte, da CRP” (grifo nosso). Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=1651&pagina=52&nid=10337.

³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra ed., 2006, p. 80.

passiva³¹. Em contrapartida, a mesma corte inadmitiu anotações apreendidas na cela de um preso provisório, que seriam usadas para a preparação de sua defesa no processo criminal, por ofensa ao direito de permanecer em silêncio, pois elas não versavam sobre objetos materiais que poderiam ser apreendidos como elementos probatórios (*verba gratia*, uma conversa telefônica interceptada ou um documento falsificado), mas uma manifestação de pensamentos destinada só para si mesmo, isto é, não comunicacional, um mero solilóquio ou monólogo. Em outras palavras, não era uma comunicação com o mundo exterior (como em uma conversa telefônica), e sim pensamentos próprios³². Este “último refúgio” serviria como instrumento para a defesa da dignidade humana³³, pedra de toque na obtenção da prova pelo Estado. Por certo, nas pesquisas da doutrina portuguesa a respeito dos acórdãos dos tribunais germânicos, descobriu-se o direito com o qual *nemo tenetur* se relacionava, arrematando que “a jurisprudência, tanto constitucional como ordinária, propende para reconduzir o princípio à exigência fundamental, e conatural ao Estado de Direito, de respeito pela *dignidade humana*, proclamada no art. 1º, n. 1, da Lei Fundamental”³⁴ (grifo nosso).

Nos EUA, onde se inscreveu expressamente pela primeira vez no continente americano em texto constitucional – *right against self incrimination, Fifth Amendment*³⁵ de 1791 –, a vedação da autoincriminação se aplica apenas à confissão verbal, porquanto seria degradante forçar o réu a admitir o crime pelos seus próprios lábios, e não às evidências físicas. A Suprema Corte norte-americana considera inexistir qualquer atentado à expressão da dignidade humana, quando se ordena o cumprimento do dever social de, por exemplo, ceder fio de cabelo, saliva para exame de DNA, amostra de voz³⁶ ou bafômetro³⁷.

E parece que é esta a tendência no Brasil, como se percebe na criação do Banco de Perfil Genético do art. 4º e do art. 12 do Projeto de Lei nº 882/2019 da Câmara dos Deputados (Pacote Anticrime) – sancionado em 24/12/2019 – e na identificação

³¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra ed., 2006, p. 130.

³² ROXIN, Claus. *La Prohibición de Autoincriminación y de las Escuchas Domiciliarias*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 68.

³³ ROXIN, Claus. *La Prohibición de Autoincriminación y de las Escuchas Domiciliarias*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 50.

³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 125.

³⁵ “No person (...) shall be compelled in any criminal case to be witness against himself”. Disponível em <https://constitutioncenter.org>.

³⁶ *US versus Wade*, vide nota de referência nº 19.

³⁷ *South Dakota versus Neville*: “The simple blood-alcohol test is so safe, painless, and commonplace, see *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), that respondent concedes, as he must, that the State could legitimately compel the suspect, against his will, to accede to the test. Given, then, that the offer of taking a blood-alcohol test is clearly legitimate, the action becomes no less legitimate when the State offers a second option of refusing the test, with the attendant penalties for making that choice. Nor is this a case where the State has subtly coerced respondent into choosing the option it had no right to compel, rather than offering a true choice. To the contrary, the State wants respondent to choose to take the test, for the inference of intoxication arising from a positive blood-alcohol test is far stronger than that arising from a refusal to take the test” (grifo nosso).

criminal, através do perfil genético, do art. 5º, § único, da Lei nº 12.037/09 e do art. 9 da Lei nº 7.210/84, apesar de julgamento pendente quanto à constitucionalidade³⁸.

Retomando o fio da meada, a tentativa de introdução da sujeição a exame no Brasil visou a tornar expresso no projeto do novo CPP o dever de colaboração de qualquer pessoa, inclusive da vítima, da testemunha e do autor do fato – que, por sinal, já existe no art. 378 do Código de Processo Civil³⁹ –, como fruto do pacto social com direitos e obrigações, na obtenção de provas pelo Estado, sob pena de crime de desobediência do art. 330 do Código Penal (CP).

3.2. Da proposta de restrições legais para o projeto do novo CPP

Entretanto, a proposta insculpida no sub-relatório é de certa forma audaciosa e cria restrições legais existentes só em poucos países europeus (incisos I a IV), objetivando dar contornos mais objetivos e proporcionais à referida coerção.

Nesta ótica, é fundamental reparar que a necessidade de investigação prévia (inciso I) recai sobre crime comum, e não infração de menor potencial ofensivo, reverenciando-se o princípio da proporcionalidade no sentido de sopesar tal meio de prova (contra o suspeito) com o grau de interesse público e da gravidade do delito sob apuração. Em verdade, a existência de inúmeros princípios distintos no processo penal acarreta inescapavelmente em conflitos entre os mesmos e a gestão dessas colisões “não é através de um critério *all or nothing*, mas por meio de uma compatibilização ou concordância prática que visa aplicar todos os princípios colidentes, harmonizando-os entre si na situação concreta.”⁴⁰.

Em outra perspectiva, a sujeição a exame tem o compromisso de ser a derradeira opção para se provar um fato (inciso II), a nominada *ultima ratio*, semelhante à norma do art. 282, §4º, do CPP, cabendo aos órgãos de persecução apontar motivadamente para o juiz o exaurimento das alternativas probantes.

Impõe-se, outrossim, o respeito à dignidade humana e a observância da proporcionalidade (do uso mínimo e estritamente necessário) dos meios coercitivos para a consecução do exame, desde que o elemento de prova exista independentemente da vontade da pessoa ou produzida naturalmente por ela (inciso III) – como a saliva, a urina, o ar expirado etc. –, nos moldes da decisão do TEDH (*Saunders versus UK*), já citada.

Derradeiramente, prescreve-se que a realização de exame de intervenção corporal invasiva seja feita por médico (inciso IV) na esteira da jurisprudência do TEDH (*Jalloh versus GERMANY*), assegurando a incolumidade da saúde do suspeito com a realização de exames e anamnese prévios por profissional habilitado.

³⁸ STF, RE 973.837/MG. Disponível em <http://www.stf.jus.br/>.

³⁹ “Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

⁴⁰ DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 23.

Conclui-se, assim, que das novíssimas restrições legais sobressai o uso excepcional e moderado dos meios coercivos (inciso III), quando possível, por exemplo, na coleta da impressão digital, porém não na de sangue, pois se trata de exame de intervenção corporal invasiva, a ser feito por médico, desde que não coloque em risco a saúde ou a vida do examinado.

Não há que se espantar com o uso excepcional e coercitivo da força no Brasil, na medida em que o STJ considerou prova lícita a apreensão de drogas depois de a polícia levar o suspeito ao médico que poderia tê-lo obrigado a ingerir laxante para expeli-las, pois os agentes policiais estariam agindo em estado de necessidade do art. 25 do CP⁴¹. Aliás, o TJRJ⁴² em um caso concreto anulou apreensão parecida, pois os policiais forçaram o suspeito a beber água com sabão sem supervisão médica, que acabou vomitando a droga, quando, então, invocou-se uma decisão abalizada do TEDH⁴³, que merece ser estudada a seguir.

⁴¹ HC 247.763/DF em 2012: “(...) a inércia, caso não permitisse a intervenção médica, além de colocar em risco a sua vida, diante da possibilidade de rompimento das cápsulas de cocaína, não impediria a obtenção da prova, considerando que elas seriam naturalmente expelidas pelo acusado, independentemente de qualquer atuação da autoridade policial”. Disponível em <http://www.stj.jus.br/>.

⁴² 5ª Câmara Criminal, Ap. 0010110-41.2009.8.19.0001, Rel. Geraldo Prado: “Apelante condenado pela prática de crime definido no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06. Prova convergente no sentido de ter o acusado engolido as drogas e as expelidos mediante ingestão de água com sabão. (...) Dignidade humana. Tratamento degradante. Intervenção corporal que, se de algum modo pode ser admitida – o que por si é questionável –, deveria ser acompanhada de profissional de medicina. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Caso Jalloh X Alemanha. Prova da materialidade ilícita. Absolvição”. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/>.

⁴³ *JALLOH versus GERMANY* “113. In the Court’s view, the evidence in issue in the present case, namely, drugs hidden in the applicant’s body which were obtained by the forcible administration of emetics, could be considered to fall into the category of material having an existence independent of the will of the suspect, the use of which is generally not prohibited in criminal proceedings. However, there are several elements which distinguish the present case from the examples listed in Saunders. Firstly, as with the impugned measures in Funke and J.B. v. Switzerland, the administration of emetics was used to retrieve real evidence in defiance of the applicant’s will. Conversely, the bodily material listed in Saunders concerned material obtained by coercion for forensic examination with a view to detecting, for example, the presence of alcohol or drugs. 114. Secondly, the degree of force used in the present case differs significantly from the degree of compulsion normally required to obtain the types of material referred to in the Saunders case. To obtain such material, a defendant is requested to endure passively a minor interference with his physical integrity (for example when blood or hair samples or bodily tissue are taken). Even if the defendant’s active participation is required, it can be seen from Saunders that this concerns material produced by the normal functioning of the body (such as, for example, breath, urine or voice samples). In contrast, compelling the applicant in the instant case to regurgitate the evidence sought required the forcible introduction of a tube through his nose and the administration of a substance so as to provoke a pathological reaction in his body. As noted earlier, this procedure was not without risk to the applicant’s health. (...) 117. In order to determine whether the applicant’s right not to incriminate himself has been violated, the Court will have regard, in turn, to the following factors: the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put. 118. As regards the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence in the present case, the Court reiterates that forcing the applicant to regurgitate the drugs significantly interfered with his physical and mental integrity. The applicant had to be immobilised by four policemen, a tube was fed through his nose into his stomach and chemical substances were administered to him in order to force him to surrender up the evidence sought by means of a pathological reaction of his body. This

Na aludida jurisprudência, o TEDH reconheceu preliminarmente que *nemo tenetur se detegere* estabelece em uma primeira dimensão o respeito à vontade do suspeito de não falar e manter o silêncio, no entanto, tal garantia não contemplaria a impossibilidade do uso processual dos meios de prova obtidos através dele, independentemente de sua vontade (ou mesmo, contra a sua vontade), mas, no fim, reputou ilícita a apreensão de drogas, porque o réu fora submetido a tratamento desumano degradante, consistente na utilização de força física para a introdução de tubo durante a aplicação de emético sem prévio exame médico que demonstrasse a segurança do procedimento, dado que o réu sequer falava alemão ou inglês.

4. Da conclusão

Em apertada síntese, do epílogo do presente artigo compreende-se que:

4.1. A manutenção do poder probatório judicial de ofício no curso da instrução criminal é restringida em um exercício meramente complementar e subsidiário, ainda que com o advento da Lei nº 13.964/19.

4.2. A inserção da sujeição obrigatória a exame no projeto do novo CPP nos coloca no mesmo patamar dos países mais avançados em processo penal, como EUA, Alemanha entre outros, em harmonia com a jurisprudência remansosa do TEDH.

4.3. A transição da interpretação da vedação da autoincriminação se impõe neste momento, entremeando-a com o direito ao silêncio e à dignidade humana, de modo a apartá-la do direito de defesa, caso contrário não se admitiria, *v. g.*, até a coleta forçada de impressão digital, como preleciona a doutrina alienígena predominante.

4.4. A criação de um conjunto de controle na produção dessa prova compulsória traz mais segurança jurídica e obstaculiza eventuais arbítrios, ao se franquear apenas para crime comum e permiti-la só em último caso de instrução, respeitando-se a dignidade do suspeito e realizada por profissional de medicina na hipótese de intervenção corporal invasiva.

Rio de Janeiro, 4 de janeiro de 2020.

treatment was found to be inhuman and degrading and therefore to violate Article 3. 119. As regards the weight of the public interest in using the evidence to secure the applicant's conviction, the Court observes that, as noted above, the impugned measure targeted a street dealer who was offering drugs for sale on a comparatively small scale and who was eventually given a six-month suspended prison sentence and probation. In the circumstances of the instant case, the public interest in securing the applicant's conviction could not justify recourse to such a grave interference with his physical and mental integrity. 120. Turning to the existence of relevant safeguards in the procedure, the Court observes that Article 81a of the Code of Criminal Procedure prescribed that bodily intrusions had to be carried out *lege artis* by a doctor in a hospital and only if there was no risk of damage to the defendant's health. Although it can be said that domestic law did in general provide for safeguards against arbitrary or improper use of the measure, the applicant, relying on his right to remain silent, refused to submit to a prior medical examination. He could only communicate in broken English, which meant that he was subjected to the procedure without a full examination of his physical aptitude to withstand it". Disponível em <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/por&c=>.

A dimensão atual das atribuições do Ministério Público na investigação criminal

The current dimension of Public Prosecutor's Office assignments in criminal investigation

*Sebastião Sérgio da Silveira**

*Paulo José Freire Teotônio***

Resumo

O presente trabalho se propõe a fazer breves reflexões sobre a dimensão atual das atribuições do Ministério Público na investigação criminal, a partir da relevante contribuição do Professor Doutor Sergio Demoro Hamilton publicada nesta mesma Revista, em sua edição de nº 06 (julho/dezembro de 1997). O artigo paradigma foi elaborado em uma época de incertezas, quando a atuação do Ministério Público na condução de investigação era alvo de candentes críticas. Hoje, a ideia defendida por um pequeno grupo de juristas, capitaneados por valorosos membros do Ministério Público, mobilizou a opinião pública e acabou sendo vitoriosa. Com o reconhecimento de tal prerrogativa, o Ministério Público se depara hoje com um novo e grave desafio que é o desempenho exitoso da novel função. O passado, o presente e o futuro do desempenho desse *munus* e o objeto dos autores.

Abstract

The present work proposes to make brief reflections on the current dimension of the attributions of the Public Prosecutor's Office in the criminal investigation, from the relevant contribution of Professor Doctor Sergio Demoro Hamilton published in this same Magazine, in its edition of 06 (July/December, 1997). The paradigm article was written in a time of uncertainty, when the role of the Public Prosecutor in conducting an investigation was subject to intense criticism. Today, the idea defended by a small group of jurists, led by members of the Public Prosecutor's Office, mobilized public opinion and ended up being

* Pós-Doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor Titular da Universidade de Ribeirão Preto. Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo – FDRP-USP.

** Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP-SP). Pós-graduado (especialização) pela Faculdade de Direito Municipal de Franca. Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo. Professor nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UNAERP.

victorious. With the recognition of such a prerogative, the Public Prosecutor's Office is today faced with a new and serious challenge, which is the successful performance of the new function. The past, the present and the future of the performance of this munus is the object of the authors.

Palavras-chave: Ministério Público. Poder de investigação e atualidade.

Keywords: *Public Prosecutor's Office. Investigative power and actuality.*

1. À guisa de introdução

Por muito tempo e principalmente após o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público reivindicou a prerrogativa de presidir investigações criminais. Afinal, se a nova Carta lhe outorgara o monopólio da ação penal pública, ele não poderia ser obrigado a aceitar passivamente todas, o resultado de todas as investigações que lhe eram entregues pela Polícia Judiciária. Argumentava, então, que se lhes negassem tal prerrogativa, estar-se-ia criando uma limitação ao exercício daquela relevante cláusula constitucional.

O tema gerou controvérsias por décadas. Seduziu debates intensos, permeou decisões judiciais e causou cizânia na jurisprudência da maioria dos tribunais Brasileiros.

Em seu estudo publicado no ano de 1997, no umbral do acalorado debate, o Professor Doutor Sergio Demoro Hamilton analisou os argumentos contrários e favoráveis à tese e registrou a conclusão no sentido de que cabia ordinariamente à polícia judiciária a instauração e condução do inquérito policial. Todavia, esse encargo constitucional não lhe conferia exclusividade na investigação criminal, de forma que não se podia negar ao titular da ação penal pública a atividade subsidiária de investigação, sob pena de transformar a persecução penal em feudo da Polícia Judiciária.

Com certeza, o rico e ponderado trabalho do Professor Demoro acabou se transformando em divisor de águas e se prestou a influenciar corrente doutrinária, que posteriormente seduziu o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais brasileiros, da importância de conferir ao Ministério Público o poder de investigação criminal.

A solução definitiva para a celeuma somente se deu quase 20 anos após a publicação do artigo paradigmático, quando, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria, reconheceu integralmente a tese defendida no citado artigo.

Muito mais que a legitimação jurídica da tese defendida por valorosos integrantes do Ministério Público Brasileiro e outros juristas, a principal conquista foi a sua legitimidade popular, que chegou a levar milhares de brasileiros às ruas do país para defender o poder de investigação, como prerrogativa do *Parquet*.

Desde a histórica decisão do Supremo até os dias atuais, muita coisa mudou. O Ministério Público se vê agora diante da necessidade de prestar contas à sociedade e demonstrar que está à altura do perfil que lhe foi conferido pela Constituição e principalmente sobre as enormes expectativas que lhe foram e são depositadas pela sociedade brasileira.

2. Breve esboço histórico sobre o poder de investigação do Ministério Público

Ao longo da história brasileira, desde as Ordenações Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) até a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o Ministério Público recebeu diversos títulos, atribuições e sua regulamentação passou entre os capítulos, ora entre as normas relativas ao Judiciário, ora entre as do Executivo, até que, finalmente, em 1981, obteve estatuto próprio, através da edição da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar Federal nº 40). Nascia aí um novo Ministério Público no Brasil.

Contudo, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que o Ministério Público ganhou seus atuais contornos, experimentando um considerável reconhecimento, com atribuições mais amplas e definidas, com a afirmação do *status* de “Função Essencial à Justiça”.

Dentro do novo modelo constitucional, o Ministério Público foi incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, na forma definida no artigo 127 da nova Carta Republicana.

Antes do advento da Constituição de 1988, pouco se falava em poder de investigação do Ministério Público. Seu papel estava reservado à intervenção na persecução criminal somente após o início da fase judicial. Aliás, existia o procedimento judicialiforme, ainda previsto no artigo 26 do Código de Processo Penal. Em tal procedimento, a iniciativa da ação penal se dava por portaria da autoridade policial ou do próprio Juiz, sendo que a intervenção do Ministério Público se dava muito mais como *custos legis*. Esse procedimento não foi recepcionado pela nova ordem constitucional¹, tendo em vista que agora a Constituição reservara ao Ministério Público o monopólio da iniciativa da ação penal pública, ou seja, a representação do Estado no exercício do poder-dever de punir os autores de infrações criminais.

O novo perfil constitucional do *Parquet* provocou a discussão sobre a sua prerrogativa de investigação, sem a intervenção da Polícia Judiciária, tendo em vista que até então, além da falta de conformação constitucional, a absoluta ausência de previsão legal não autorizava a defesa de tal tese.

¹ CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Muller; FERRAZ, Maurício Lins Ferraz; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal Prático*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 29.

Dentro do novo modelo instituído pela Constituição da República, talvez tenha sido o inciso VI do artigo 129 da Carta que despertou coragem para a defesa da ideia de que investigações autônomas pudessem ser realizadas pelo Ministério Público. Referido dispositivo autorizou o Parquet a expedir notificações e requisições em procedimentos de sua competência.² Ora, estava aí autorizada a instauração de procedimentos inominados pelos integrantes da instituição.

Naquele momento histórico, já havia uma verdadeira aspiração popular no sentido de ampliar os horizontes de atuação do Ministério Público – uma instituição renovada –, que despertava grande confiança da população. Não obstante, o reconhecimento da prerrogativa de instaurar procedimentos investigativos próprios não foi um caminho fácil. Possivelmente em razão de interesses corporativos, muitas instituições, principalmente os órgãos da Advocacia, Defensoria Pública, Polícia e do Poder Judiciário resistiram à ideia.

A doutrina se dividiu sobre o tema, mas importantes vozes se levantaram contra o Ministério Público naquela sua histórica empreitada. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, asseverou:

À luz da teoria democrática, e considerando jamais ter havido deliberação constituinte ou legislativa em favor do desempenho de competência investigatória criminal pelo Ministério Público, não se afigura legítimo inovar nessa matéria por via de uma interpretação extensiva. É que, dessa forma, estar-se-ia subtraindo da discussão política em curso e, conseqüentemente, do processo majoritário, a decisão acerca do tema.³

Maurício Zanóide de Moraes foi outra voz candente que se levantou contra o poder de investigação do Ministério Público e sobre o tema chegou a registrar:

Não pode o Ministério Público proceder a diligências preliminares e diretamente conduzidas e executadas por ele para, ao final de seu trabalho, julgar se este seu próprio trabalho (investigativo), sua própria atividade foi boa ou ruim, ou seja, se os seus atos de investigação produziram ou não elementos de convicção suficientes

² VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

³ BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer solicitado pelo Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), apresentado e aprovado durante a 151ª Reunião Ordinária do referido Conselho, realizada em 18.02.2004.

e legitimadores de uma acusação com justa causa. Parece um tanto difícil ao ser humano reconhecer que um trabalho por ele mesmo empreendido não seja bom o suficiente para ele próprio iniciar uma ação penal.⁴

O próprio Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência verdadeiramente defensiva, ensaiou coibir tal prática. Em uma de suas decisões, registrou:

A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art.129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade de o *Parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes.⁵

Posteriormente, diante da pressão das ruas e por se tratar de questão constitucional com relevância social, política, econômica e jurídica que transcendia os interesses subjetivos da causa, a mais alta Corte do país e guardiã da Constituição, no julgamento do Recurso Extraordinário 593.727, de Minas Gerais, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

A disputa prosseguiu por anos a fio, até que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento concluído no dia 14 de maio de 2015, em decisão tomada por maioria de votos, reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, ratificando que o mesmo dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição.⁶

Diante da omissão legislativa relativa à tramitação dos procedimentos de natureza criminal de iniciativa do *Parquet*, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, que dispôs sobre a “*instauração e tramitação do*

⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 68. No mesmo sentido: FRAGOSO, José Carlos. *São ilegais os procedimentos investigatórios realizados pelo Ministério Público Federal*. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, vol. 10, n. 37, p. 241-251, jan./mar. 2002.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RHC 81326, Rel. Ministro Nelson Jobim, j. em 06.05.2003, DJ DATA-01-08-2003.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 593727/MG, Relator Min. Cezar Peluso, Relator para o acórdão Min. Gilmar Medes, DJE nº 175, divulgado em 08/09/2015.

procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público”, que até hoje disciplina a matéria no âmbito administrativo da instituição.

3. A decisão do STF e a reafirmação da posição de Sergio Demoro Hamilton

Ao superar as divergências até então existentes, quando do julgamento do RE 593727/MG, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral sobre a palpitante matéria:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

No referido julgado, a premissa maior definida foi que a legitimidade do Ministério Público para conduzir diretamente a investigação criminal tem alicerce constitucional e destina-se à tutela dos direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal, porquanto assegura a plena independência da condução das diligências.

Na citada decisão confirmou-se, também, que a Teoria dos Poderes Implícitos, representada pelo axioma jurídico “Quem pode o mais pode o menos”, tem aplicação no caso, levando à conclusão de que o Ministério Público tem poderes para realizar diligências investigatórias e instrutórias na medida em que configuram atividades decorrentes da titularidade a ação penal que lhe foi atribuída. Afinal, já dizia Rui Barbosa: “Quem pode o mais, pode o menos”.

Segundo a referida doutrina constitucional dos poderes implícitos, originária do precedente da Suprema Corte Americana [*McCulloch v. Maryland*, 17 US (4. Wheat) 316, 4 L.Ed. 579 (1819)] ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, a Constituição também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade, desde que não proibidos e que estejam de acordo com o escopo e espírito constitucionais.

Sobre a teoria dos poderes implícitos, Carlos Maximiliano sustenta que “a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos”.⁷

Socorre tal afirmação o disposto no artigo 129, IX, da Constituição Federal que diz que o Ministério Público pode exercer outras funções que lhe forem conferidas desde que compatíveis com sua finalidade, que interpretado de forma sistemática e conjunta com o inciso VI do mesmo diploma, que confere poder de intimação e requisição, não deixa dúvida sobre a referida prerrogativa institucional e constitucional do *Parquet*.

Registre-se, da mesma forma, que se o Ministério Público exerce com exclusividade a iniciativa da ação penal pública, soaria no mínimo estranho que tal atribuição constitucional não compreendesse os meios necessários à sua efetivação. Em outras palavras, negar ao *Parquet* a prerrogativa de realizar investigações próprias, seria o mesmo que jungir sua atuação aos desideratos da Polícia Judiciária, ou seja, ele sempre estaria vinculado às conclusões do Delegado de Polícia.

Em referido julgado, o Supremo Tribunal Federal enfrentou outra objeção relevante dos críticos da tese, ou seja, a argumentação de que como o Ministério Público é parte na relação jurídico-processual, como tal, não poderia cumular as funções de investigar e conduzir a ação penal, que representaria verdadeira superfetação ou sobreposição de poderes. Sobre essa questão, sobreleva-se destacar excerto do voto da Ministra Rosa Weber, no *Habeas Corpus* cotejado, oportunidade em que asseverou:

O Ministério Público é parte na ação penal, mas detém condição especial. Como órgão público deve agir com obediência à lei e à Constituição, não estando livre para perseguir interesses particulares. A realização pela instituição do Ministério Público não coloca em risco o devido processo legal. Agregue-se que também a parte privada pode colher, em investigações próprias, elementos informativos para a propositura de ação penal privada ou mesmo para a defesa a oferecer em eventual acusação penal. Não há como impor empecilhos a esse tipo de conduta, desde que se resguardem os limites legais, ou impedir a investigação ao argumento de que provém de quem é parte no feito. Se isso é correto em relação à parte privada, não se sustenta o argumento contra a investigação pelo Ministério Público, parte pública.

⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 312.

Verdade é que não poderia ser outra a conclusão, afinal a fase de investigação ou pré-processual se presta à busca de indícios de autoria e prova de materialidade do ilícito, que serão submetidos, na fase judicial, ao contraditório e ampla defesa, princípios basilares e norteadores de todo o nosso ordenamento jurídico, destacando-se ainda que o membro do Ministério Público sempre ostentará responsabilidades civil, criminal e administrativa em face de eventuais excessos ou abusos cometidos.

Ainda em respaldo a tese sustentada pela Ministra Rosa Weber, é necessário registrar que eventuais vícios e irregularidades, cometidos na fase investigativa, não poderão e não servirão de base para uma condenação. Prova disso é o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 11.690/08), que diz que o juiz não poderá fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação (observa-se que não constou apenas inquérito policial), ou seja, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, somente as provas produzidas em contraditório judicial, como, aliás, destacado com acerto no voto do Ministro Celso de Mello, de onde se destaca:

Vê-se, desse modo, que, mesmo quando conduzida, unilateralmente, pelo Ministério Público, a investigação penal não legitimará qualquer condenação criminal, se os elementos de convicção nela produzidos – porém não reproduzidos em juízo, sob a garantia do contraditório – forem os únicos dados probatórios existentes contra a pessoa investigada, o que afasta a objeção de que a investigação penal, quando realizada pelo Ministério Público, poderia comprometer o exercício do direito de defesa.

Outra questão fulcral enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na oportunidade do referido histórico julgamento foi a interpretação do artigo 144 da Lei Maior. Na oportunidade, decidiu-se que a Carta não atribuiu monopólio, ou seja, a exclusividade da função investigativa à Polícia. Corretamente concluiu que o inciso IV do artigo 144 da Constituição somente reservou à Polícia Judiciária a condução do inquérito policial⁸ e não de outros procedimentos investigativos, como aquele manejado pelo Ministério Público.

A correção do entendimento pretoriano relacionado com a não exclusividade de investigação pela polícia judiciária, até porque, admitir que o *Parquet* possa realizar investigações criminais não significa que pretenda substituir a Polícia. Muito pelo contrário. Significa reconhecer que nos casos em que o órgão ministerial se deparar com

⁸ IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

ilícitos que demandem sua atuação investigativa, embora não seja sua função precípua, em caráter subsidiário e de cooperação, possa ele fazê-lo.

Nesse sentido, merece destaque que a doutrina amplamente majoritária sempre entendeu que o inquérito não é indispensável à propositura da ação penal, de forma que acusador pode pleitear a instauração da instância penal mediante outros elementos de convicção hauridos de outras fontes.⁹ Assim, se o inquérito policial pode ser dispensado, por óbvio que o Ministério Público pode conseguir as informações necessária para a propositura da ação penal através de outras fontes, inclusive o seu procedimento investigatório criminal. Aliás, o parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal é peremptório em afirmar que a atribuição da autoridade judiciária não exclui aquela cometida a outras autoridades.¹⁰ O mesmo Código, em seu artigo 39, §5º, dispensa de inquérito policial para aquelas hipóteses em que o órgão acusatório dispõe de elementos suficientes para a propositura da ação.¹¹

Pois bem. Se a própria lei *lato sensu* permitiu que a formação da convicção do MP pode ser baseada em peças de informações recebidas por ele, que não o inquérito policial, concluir que o *Parquet* estaria subordinado à iniciativa policial seria dizer contra a lei.

Repise-se, por oportuno, o §1º do artigo 46 do Código de Processo Penal também autoriza, de forma expressa, conforme asseverado por Tourinho Filho¹², o oferecimento de denúncia, pelo Ministério Público, com base em quaisquer informações suficientes para a propositura da ação penal.

Do contrário, evidencia-se que não há fundamento convincente para se questionar elementos de investigação produzidos exclusivamente pelo *Parquet* com a mera alegação de ausência de legitimidade ou nulidade das provas por colhidas e como bem frisou o Professor Sergio Demoro, “*seria rematado despautério admitir-se que uma peça de informação advinda de um particular, desde que idônea, pudesse servir de base para a oferta da denúncia, enquanto que outra, decorrente de investigação levada a efeito pelo próprio Parquet, diretamente e por seus próprios meios, de nada servisse*”.

Sobre a inexistência de reserva de exclusividade da investigação para a Polícia Judiciária, no mesmo julgamento paradigmático, o Ministro Luiz Fux afastou todas as dúvidas ao apregoar:

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 153; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 152.

¹⁰ Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

¹¹ §5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. I. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 200/201.

Ao prevalecer o entendimento de que apenas a polícia pode investigar condutas que possam encaixar-se em um tipo do Código Penal ou da legislação extravagante, exsurgiria uma substancial dificuldade para a apuração, *verbi gratia*, de ilícitos tributários, ambientais e em detrimento da Administração Pública. Esse retrocesso no modo como o estado brasileiro já está investigando condutas penais não deve ser aceito, mormente se considerarmos que a nossa República é pautada por um ambiente de cooperação que deve existir entre as mais diversas instituições estatais. Nessa linha de raciocínio, a excessiva compartimentalização das funções estatais é danosa e ineficiente para a obtenção do resultado a ser almejado com toda e qualquer investigação criminal, qual seja, a célere e correta elucidação dos fatos apurados.

Reforçando a tese e acrescentado mais um argumento favorável à atuação do *Parquet* na investigação criminal, Hugo Nigro Mazzili, lembrado pelo Professor Sergio Demoro, sustenta que “(...) se não se admitisse a possibilidade de apuração autônoma de crimes, por outros meios que não a polícia judiciária, haveria grave risco de inviabilizar-se, em certos casos, a apuração administrativa de algumas infrações penais.”

Por óbvio, aqui não se pretende desmerecer ou menosprezar o inquérito policial – que é relevante instrumento de apuração de crimes –, mas tão somente reafirmar que se trata de mais um instrumento existente para ensejar ao Ministério Público elementos para a formação de sua *opinio delicti*, tal qual outros inúmeros procedimentos, como as investigações pelas CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito, os decorrentes de apurações das Receitas Tributárias, procedimentos administrativos etc.

Em arremate, nos parece que em ao menos um ponto as objeções levantadas pelos vencidos fundam-se em alguma coerência. Lamentavelmente, tal atividade persecutória relevante, que vem sendo desenvolvida pelo Ministério Público Brasileiro ainda não possui disciplina em lei. É bem por isso que Carnelutti já fez observar que “*O Ministério Público parece estar perdendo o controle, o pudor e o respeito pela legalidade: quer investigar, quer mitigar o princípio da obrigatoriedade por meio de resolução*”.¹³

Aqui não pode passar despercebido que o poder de investigação do Ministério Público também deve ser usado em favor do investigado, sempre que sofrer qualquer tipo de injustiça ou ilegalidade, conforme observação de Lênio Streck: “*busco inspiração no Código de Processo Penal alemão (artigo 60), base para o Estatuto de Roma, que admite*

¹³ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, vol. 2. Campinas: Editora Bookseller, 2004, p. 127.

o poder investigatório do MP, desde que busque a verdade também a favor do réu”.¹⁴ Tal se justifica também porque a Constituição legitimou o Ministério Público como defensor dos interesses individuais indisponíveis do cidadão (CF, art. 129, *caput*).

A despeito da anomalia sistêmica apontada, que conspira contra o secular princípio do devido processo legal, a possibilidade de aplicação analógica do Código de Processo Penal e a incidência direta de disciplina normativa do Conselho Nacional do Ministério Público parecem ser suficientes para conter os abusos e garantir minimamente os direitos legal e constitucionalmente assegurados aos investigados.

4. Limitações ao poder de investigação do Ministério Público

Conforme já referido anteriormente, a própria decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal que legitimou o poder de investigação pelo Ministério Público fixou limites claros limites a serem observados em tal atividade. São limitações até intuitivas, que falam em garantias de direitos fundamentais dos investigados; respeito às prerrogativas profissionais e possibilidade de controle jurisdicional. A Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público nos parece garantir a observância de tais parâmetros.

Não obstante, além dos parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal, no invocado recente julgado sobre a matéria, é necessária a exigência de requisitos rígidos, comuns às demais formas de investigação, como forma de permitir a excepcionalidade da investigação ministerial.

Tal como ocorre com o inquérito policial, sempre deve ser exigida a presença de um fato criminoso objetivo, de ação penal pública, a ser investigado. Tal requisito é exigível para a instauração de qualquer procedimento persecutório em matéria penal.

Esse requisito sempre foi da tradição de nosso direito processual penal. Aliás, o primeiro diploma legal que disciplinou a investigação criminal no Brasil – o Decreto nº 4.872, de 22 de novembro de 1871 –, em seu artigo 42, já fazia referência expressa, ao vincular a instauração do inquérito policial à finalidade de “apuração de fatos criminosos”.

A doutrina, sempre de forma unânime, nunca descuro de tal exigência. Bento de Faria teve a oportunidade de asseverar que a base justificadora da instauração do inquérito é “Notícia fundada – pressupõe não a certeza, mas o conhecimento de fato ou fatos que induzem, logicamente, a prática do crime.”¹⁵ Borges da Rosa

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. Só um MP isento pode dar azo à barganha penal: embargos deferidos. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 17 jan. 2019, São Paulo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/senso-incomum-mp-isento-dar-azo-barganha-penal-embargos-deferidos>>. Consulta em 08.03.2020.

¹⁵ BENTO DE FARIA, Antonio. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942, vol. 01, p. 41.

vinculou a atividade policial à “*notícia da prática de um fato reputado criminoso*.”¹⁶ Já Frederico Marques viu no “fato típico” o elemento corporificador do momento inicial da *persecutio criminis*.¹⁷

Portanto, como o procedimento investigatório conduzido pelo Ministério Público possui natureza criminal, tal qual ocorre com o inquérito policial, ele somente pode ser manejado para a apuração de fato criminoso objetivo, com a expressa indicação na portaria de instauração, até porque, segundo a Ministra Maria Tereza de Assis Moura, “*Não se admite investigar a vida dos cidadãos, para, a depender da sorte, encontrar algum crime*”¹⁸

Da mesma forma, se a regra, conforme já ressaltado, é a investigação policial, faz-se necessário que seja indicado e fundamentado o motivo pelo qual o procedimento não possa ser conduzido pelos órgãos de polícia judiciária. Tal exigência deve ser observada quando da edição da portaria de instauração do procedimento (artigo 4º da Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público).

Por certo, caberá, de forma discricionária, ao titular da persecução penal, fazer a opção da investigação própria, em detrimento da investigação policial, indicando a excepcionalidade encontrada para justificar a exceção.

Em situações de investigações sobre suspeita de crimes praticados por policiais; autoridades com ascendência hierárquica ou moral sobre a autoridade policial; agentes envolvidos com crime organizado com suspeita de ramificação com órgãos do Estado; nos casos em que a investigação policial foi falha ou ineficiente; suspeita de corrupção policial, entre outras, são situações excepcionais e podem justificar a iniciativa investigatória do Ministério Público.

Não devem ser admitidas, por outro lado, investigações ministeriais não fundadas em situações que justifiquem a preterição da regra da investigação policial ou, que decorram de capricho ou índole revanchista do representante do Ministério Público, já que tais situações não se compatibilizarão com a opção de Estado Democrático de Direito, feita pela nossa Constituição da República.

Mas não é só. Uma vez instaurado o procedimento investigatório, para cumprimento do postulado constitucional do *due process of law* é necessário que ele observe um procedimento previsto em lei. Nesse caso, impõe-se à aplicação analógica dos dispositivos do Código de Processo Penal, naquilo que se refere ao

¹⁶ BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3ª ed. Campinas: Campos, 2000, p. 117

¹⁷ FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I Campinas: Bookseller, 1997, p. 130.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma; HC nº 59.257-RJ; Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; j. 22/8/2006.

inquérito policial e, no mais, na Resolução nº 181/17, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Assim, o procedimento deverá observar o mesmo prazo geral previsto para a conclusão do inquérito policial. Havendo necessidade de prorrogação de tal prazo, o presidente do procedimento deverá lançar decisão justificada, indicando as razões da prorrogação, especialmente as diligências faltantes (Resolução CNMP nº 181/17, art. 13).

No caso do procedimento investigatório do Ministério Público, dispensa-se a sua remessa ao Poder Judiciário na hipótese de expiração do prazo de conclusão. Tal se deve porque sendo o *Parquet* o responsável pelo controle do prazo, não haveria qualquer sentido em submeter sua deliberação de prorrogação a uma simples decisão homologatória obrigatória do Juiz. Nesse sentido, merece ser lembrado que na Justiça Federal os inquéritos já tramitam diretamente entre o Ministério Público e a Polícia, por força da Resolução nº 63, de 26 de junho de 2009, do Conselho de Justiça Federal.

Já a conclusão do inquérito estará sempre submetida ao controle da autoridade judiciária na hipótese de propositura de ação penal, sendo que o procedimento deverá acompanhar a sua denúncia. Do contrário, entendendo que o procedimento deve ser arquivado, tal deliberação também deverá ser submetida ao órgão interno do Ministério Público (Resolução CNMP nº 181/17, art. 6º, §2º). Aliás, a mesma sistemática foi instituída pela Lei nº 13064/19, que deu nova redação ao artigo 28 do Código de Processo Penal¹⁹, para o fim de determinar o controle de arquivamento do inquérito por órgão de administração superior do próprio Ministério Público.

Por fim, deve ser ressaltado que as restrições relativas às investigações do Ministério Público estão restritas aos procedimentos formais de investigação. Assim, não pode ser imposta qualquer limitação à faculdade que possui o *Parquet* de realização de diligências complementares, principalmente diante de situações especiais, quando a investigação policial não foi conduzida a contento, segundo juízo do próprio destinatário da investigação.

Finalmente, também deve ser lembrado, que, no âmbito do direito processo civil, o Ministério Público pode instaurar inquéritos civis para a apuração de danos ou lesões a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (C.F., artigo 129, inciso III), onde as vedações e restrições aqui apontadas não possuem aplicabilidade.

Acima de tudo, vale ressaltar que diante das graves atribuições cometidas ao Ministério Público pela Constituição de 1988, seus integrantes devem ser sempre os

¹⁹ Dispositivo com aplicação suspensa por força de decisão liminar proferida nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nºs. 6.298; 6.299; 6.300 e 6.305, por decisão monocrática do Min. Relator Luiz Fux, de 22.01.2020.

primeiros a bater pela observância dos requisitos e as restrições legais, quando à frente de investigações próprias. Qualquer desvio, muito mais que infração disciplinar, deve ser encarado como uma aguda traição aos valores maiores da Carta Republicada, de forma a provocar a mais veemente repulsa e severa reação institucional.

Urge, portanto, que o Ministério Público aceite novo desafio institucional que lhe foi outorgado pela Constituição e pela sociedade, com a necessária seriedade e serenidade, e que a exerça com observância dos princípios republicanos inseridos em nossa Carta Republicana, com a lembrança de que a base da sociedade são os cidadãos que a integram. Dessa forma, proteger a sociedade é fundamentalmente respeitar e proteger as pessoas que a compõem.

5. Considerações Finais

Por longo período, foi travada uma verdadeira batalha jurídica em torno da questão relativa ao poder de investigação criminal do Ministério Público. De um lado, parte da doutrina capitaneada por valorosos integrantes do *Parquet* Brasileiro, defendendo a constitucionalidade da prerrogativa de investigação criminal pela instituição e, de outro lado, juristas de renome, que davam vozes a movimentos corporativos oriundos das carreiras da Polícia, Poder Judiciário, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil.

A jurisprudência, por seu turno, oscilou entre uma e outra posição, até que definida tese de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, que admitiu a tese do poder de investigação pelo Ministério Público, com limitações fixadas pelo próprio Plenário da Corte.

Quase vinte anos após, a decisão do Supremo Tribunal Federal referendou integralmente as reflexões do Professor Doutor Sergio Demoro Hamilton, em artigo intitulado “A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal” (*in Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, nº 6, 1997).

Segundo na tese vitoriosa de Sergio Demoro, é possível afirmar que o Ministério Público pode e deve conduzir procedimentos investigatórios próprios em matéria criminal, em caráter excepcional, diante da existência de notícia de fato criminoso objetivo, sempre que não se recomende ou que ela não possa ser feita pela Polícia Judiciária, que é o órgão ordinariamente legitimado para a condução do inquérito policial.

A adoção de tal sistemática, com o reconhecimento do poder limitado de investigação criminal pelo Ministério Público, atende aos superiores interesses da sociedade, no tocante à correta apuração e punição dos ilícitos e, de outra parte, é asseguradora do respeito a todos direitos e garantias constitucionais e legais dos cidadãos.

Não obstante, do Membro do Ministério Público que conduzir a investigação criminal deve ser exigido o cumprimento das diretrizes traçadas pelo Supremo Tribunal Federal, além da mínima ética, que importa em respeito às restrições legais e, principalmente, às garantias fundamentais do cidadão.

Entre as principais preocupações que permeiam a atuação do Ministério Público na condução de investigações criminais estão aquelas vinculadas às vaidades pessoais, que não raro motivam divulgação precipitada de conclusões ou até mesmo de fatos sigilosos.

A existência do interesse público de garantia de aplicação do princípio da publicidade deve exigir redobradas cautelas, como forma de garantir a divulgação equilibrada dos fatos apurados, com o respeito ao sigilo e as garantias do cidadão, principalmente o direito à honra.

A consecução do equilíbrio aqui proposto poderá elevar ainda mais o respeito e admiração da sociedade no trabalho de Promotores e Procuradores.

Dessa forma, é forçoso reconhecer que o Ministério Público possui a prerrogativa de instaurar e presidir procedimentos próprios de investigação, sendo que esta, muito mais que uma conquista institucional, é uma conquista da sociedade brasileira.

Por fim, orgulhosos pela oportunidade, os subscritores registram a admiração, reconhecimento e gratidão ao Promotor, Procurador e Professor Sergio Demoro Hamilton, exemplo de profissional para nós todos, não só pela tese quase que pioneira que lastreou o atual entendimento jurisprudencial, mas também pela sua extraordinária obra e relevantes serviços prestados ao Ministério Público Brasileiro.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Isadora Ferreira de. *Ministério Público e a legitimidade para exercer a investigação criminal*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer solicitado pelo Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), apresentado e aprovado durante a 151ª Reunião Ordinária do referido Conselho, realizada em 18.02.2004.

BECKER, Rodrigo *et al.* (2017). *STF e a reclamação contra decisão que descumpre precedente*. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/stf-e-reclamacao-contra-decisao-que-descumpre-precedente-16032017. Acesso em: 18 de nov. 2019.

BENTO DE FARIA, Antonio. *Código de Processo Penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942.

BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3ª ed. Campinas: Campos, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 593727, Relator Min. Cezar Peluso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/05/2015, publicado em 08/09/2015, Tribunal Pleno.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, vol. 2, Campinas: Editora Bookseller, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Muller; FERRAZ, Maurício Lins Ferraz; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal Prático*. Salvador: Juspodivm, 2007.

FERRAZ, Tais Schilling *et al.* (2015). *NCPC e o fim da repercussão geral*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ncpc-e-o-fim-da-repercussao-geral-24082015>. Acesso em: 20 de nov. 2019.

FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os “procedimentos investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.10, nº 37, p. 241-251, jan./mar. 2002.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I Campinas: Bookseller, 1997.

INACARATO, Marcio Antonio. Função do Ministério Público na repressão ao crime: atribuições, poderes e meios de atuação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 63, nº 462, p. 312-321, abr. 1974.

HAMILTON, Sergio Demoro. A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal, *in Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, nº 6, 1997.

MAFRA, Sandra Maria. *Natureza jurídica dos efeitos da decisão do STF no julgamento do mérito nos Recursos Extraordinários com repercussão geral*: É possível falar em eficácia vinculante? É admissível a reclamação contra o desrespeito do precedente paradigma fixado? Disponível em: <https://sanmaf.jusbrasil.com.br/artigos/131294715/natureza-juridica-dos-efeitos-da-decisao-do-stf-no-julgamento-do-merito-nos-recursos-extraordinarios-com-repercussao-geral>. Acesso em: 10 de dez. 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.999.

REALE. Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *O Ministério Público pode e deve conduzir investigações criminais*. São Paulo: Consultor Jurídico, 21.07.2012. Disponível em: <https://>

www.conjur.com.br/2012-jul-21/sebastiao-silveira-ministerio-publico-conduzir-investigacoes. Consulta em 08.11.2019.

_____; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. *Ministério Público: Poder de Investigação - Ética e Limites*. Porto Alegre: Revista Lex, vol. 82, p. 350-362, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Só um MP isento pode dar azo à barganha penal: embargos deferidos*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 17 jan. 2019, São Paulo. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/senso-incomum-mp-isento-dar-azo-barganha-penal-embargos-deferidos>>.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. I. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

O sigilo em investigações criminais ainda é importante?

Tulio Caiban Bruno

Sumário

1. Introdução. 2. As disposições legais à luz da Constituição: interpretando a Súmula Vinculante nº 14. 2.1. Aspectos gerais. 2.2. O conceito de elementos de prova já documentados. 2.3. A necessidade de fundamentação do sigilo em face do investigado. 2.4. Participação do profissional da advocacia em depoimentos colhidos na fase investigatória da persecução. 3. Conclusão.

1. Introdução

Não é nova a discussão a propósito do sigilo em investigações criminais, opondo valores jurídicos relevantes, dela não escapando a argúcia do nosso festejado professor Sergio Demoro Hamilton em trabalho, publicado nos idos de 1975, no qual defendia a importância do sigilo no inquérito policial diante da crescente ampliação de respeitáveis prerrogativas dos profissionais da advocacia.¹

Pelejavam, ontem como hoje, os defensores de uma justiça penal eficaz, condicionada pelo sigilo investigativo, sem o qual o inquérito “seria uma burla ou um atentado”² ou “um disparate inqualificável”³ e aqueles que vislumbavam, no segredo permanente das diligências policiais, uma “característica repulsiva e injuriosa à pessoa humana”⁴, transformando o indiciado em objeto das investigações, além do rematado prejuízo ao direito de ampla defesa.

Nessa querela vital ao estudo do processo penal – pois diz respeito à perene tensão, na apuração de crimes, entre o interesse estatal e os direitos individuais que o caracteriza –, não parecia haver meio-termo: ou bem se aferravam os doutos na defesa intransigente do sigilo no inquérito ou bem se porfiavam outros juristas pela abertura

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ HAMILTON, Sergio Demoro. A importância do sigilo no inquérito policial. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, 1ª edição, mar./jul. de 1975, p. 28-34.

² TORNAGUI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Penal, vol. I, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 189. *Apud* HAMILTON, Sergio Demoro. *Op. cit.*, p. 31.

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. I. São Paulo: Jolovi, 1972, p. 163. *Apud* HAMILTON, Sergio Demoro. *Op. cit.*, p. 31.

⁴ ROSA, Eliézer. Dicionário de Processo Penal. Características inquisitivas do inquérito policial. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, pp. 82-83. *Apud* HAMILTON, Sergio Demoro. *Op. cit.*, p. 29.

irrestrita dos elementos informativos obtidos pelo delegado de polícia em face do sujeito de direitos (e não mais *objeto*) na investigação.

À luz do direito positivo então vigente, mobilizava-se, de um lado, dispositivos do Código de Processo Penal que, embora com chama nova, ainda informam os debates hodiernos. De outro, preceitos do antigo Estatuto da Advocacia – e que ora foram repaginados – pareciam objetar qualquer forma de mistério inquisitivo ao propiciar acesso aos autos do inquérito por parte de interessados por meio de prerrogativas conferidas ao advogado.

De lá para cá, apesar dos avanços teóricos e normativos, a prática processual penal ainda parece se acotovelar nas composições discursivas que engatam a necessária restrição da publicidade em investigações criminais no direito de investigados acessarem os indícios de prova já coligidos para o exercício da própria defesa.

Assim, revisitar o tema e a história para abordar os desdobramentos da discussão travada no passado é um dos objetivos do presente trabalho, assimilando o “estado da arte” sobre a questão do sigilo em *investigações criminais*, na expectativa de oferecer soluções seguras a uma série de problemas com que a vida prática nos desafia, aos operadores jurídicos, delegados, membros do Ministério Público, juízes ou advogados, todos os dias.⁵

Entre eles, é oportuno indagar: o inquérito policial ainda é sigiloso? O sigilo ainda é importante? O sigilo é possível? O sigilo pode ser oposto ao investigado e seu defensor? O sigilo vigora contra testemunhas? A testemunha pode levar cópia do próprio depoimento? É obrigatória a participação do defensor? O defensor pode interferir na colheita de provas?

Para responder esse questionário, procuraremos extrair das disposições legais em vigor o sentido constitucional que lhes emprestou o Supremo Tribunal Federal, a partir das razões elencadas para edição do verbete vinculante nº 14, segundo o qual:

⁵ Optamos pela expressão “investigações criminais” em sentido amplo, para abarcar, no seu espectro, tanto inquéritos policiais quanto procedimentos investigatórios instaurados pelo Ministério Público, instrumento legitimado pela Constituição de 1988, como o reconhece o Supremo Tribunal Federal (RE nº 593.727 rel. min. Cezar Peluso, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 14-5-2015, DJE 175 de 8-9-2015, Tema 184). De acordo com a *tese* fixada, “o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade — sempre presente no Estado Democrático de Direito — do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Por seu turno, o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou o procedimento investigatório criminal a cargo do *Parquet* (*vide* Resoluções nºs 174/17, 181/17 e 183/18).

[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.

Observaremos que algumas das ideias pioneiras, cultivadas na doutrina pelo prof. Sergio Demoro Hamilton, vicejaram na jurisprudência pátria a respeito da importância do sigilo no inquérito policial, tanto quanto no tema que lhe é conexo pertinente à participação do advogado em diligências persecutórias pré-processuais, com a qual não pode conviver absolutamente a noção restritiva da publicidade em procedimentos investigatórios.

Quem sabe, na família das codificações, a “gata borralheira”⁶, a que aludiu o nosso homenageado sobre a pobreza conceitual e sistemática do estatuto processual penal, a despeito das reformas legislativas ulteriores, não possa alforriar-se na fulgência axiológica da Constituição de 1988. É o que veremos nos tópicos a seguir.

2. As disposições legais à luz da Constituição: interpretando a Súmula Vinculante nº 14

2.1. Aspectos gerais

Radiosos feixes de uma aurora pós-positivista atravessaram os rígidos umbrais da nossa legislação processual penal a partir de uma leitura moral da Constituição que, sem embargo, atribui carga normativa a princípios como síntese e expressão dos valores abrigados na ordem jurídica como um todo, condicionando a interpretação e a aplicação do direito objetivo.

Esse novo paradigma tornou possível a reconciliação daquelas ideias radicalmente opostas de acordo (i) com a distinção qualitativa entre princípios e regras, com as devidas consequências no seu funcionamento operativo e (ii) com a técnica da ponderação de valores ou interesses na metodologia constitucional contemporânea. Antes do constitucionalismo moderno tomar conta da cultura jurídica pátria, a doutrina tradicional não parecia dispor de meios técnicos apropriados para compor as regras antagônicas constantes das leis e, no conflito normativo, terminava agrilhoadas por critérios (hierárquico, cronológico, especialidade) que são – e continuam – importantes, porém insuficientes para explicar o fenômeno jurídico.

Daí porque o art. 20 do Código de Processo Penal (de 1941), ao dispor que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido

⁶ HAMILTON, Sergio Demoro. A importância do sigilo no inquérito policial. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, 1ª edição, mar./jul. de 1975, p. 28.

pelo interesse da sociedade” não pudesse mesmo conviver com o art. 89 do antigo Estatuto dos Advogados, ao muni-los com as prerrogativas de “ingressar nas salas e dependências de delegacias e prisões” e de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos” (Lei nº 4.215 de 1963).

Com efeito, as regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada*, isto é, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida e, neste caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita ou não é válida e, neste caso, em nada contribui para a decisão”.⁷ São *mandados de definição* enquanto “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”.⁸

Pela natureza e lógica de aplicação, não é possível compatibilizar regras legais que se contraponham e, portanto, o preceito que impunha sigilo aos inquéritos, necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, parecia não mais subsistir em face da disposição que autorizava os profissionais da advocacia a examiná-los e copiá-los no interesse do indiciado. Aliás, um dos primeiros a bradar contra o que tachou de absurdidade foi o prof. Sergio Demoro ao registrar, com certo sarcasmo, que “o objetivo da lei era evidente e resultou, plenamente, alcançado, findando-se, a partir de então, o sigilo dos inquéritos”,⁹ como quem diz que a medida, ao fim e ao cabo, realmente livrou criminosos da responsabilidade penal.

Mas, conduzidos ao centro do sistema, os princípios, agora providos de eficácia normativa, recolocaram o antigo debate em novos termos: aquelas regras, em nova versão,¹⁰ encontram fundamento de validade revigorado nos princípios da Constituição,¹¹ trazendo com eles toda uma gama de métodos interpretativos, tipos de raciocínio, estratégias argumentativas e técnicas de decisão.

Os princípios são enunciados normativos abertos, dotados de maior carga valorativa numa *dimensão de peso ou importância* que as regras não têm. Não funcionam em termos aplicativos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade, sendo natural que se contrastem

⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39-43

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91-92

⁹ *Op. cit.*, p. 31

¹⁰ Lei nº 8.906/94, art. 7º, incs. XIV, XV e XXI, transcritos em nota adiante.

¹¹ Nesse prisma, vale transcrever o magistério do prof. Luis Roberto Barroso, *in verbis*: “os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete”. BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf

uns com outros, pois representam valores de uma ordem pluralista. Nessa hipótese, “quando os princípios se entrecruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.¹² São, assim, *mandamentos de otimização*, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”,¹³ cujo conflito pode ser resolvido em graus variados, sem a revogação de um pelo outro, predominantemente, pela técnica da *ponderação*.

Desse modo, a nova metodologia constitucional retira o jurista daquele estado de perplexidade que, na ausência de recursos hermenêuticos satisfatórios para superar antinomias, obrigava-o a partir para o tudo ou nada exegético de regras tantas vezes desarmônicas no sistema legal. Como, no caso, entre as disposições do Código de Processo Penal e as do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, entre o sigilo e a publicidade nas investigações, mediante escolha inflexível no engessamento do positivismo jurídico que confinava o Direito ao texto objetivo das regras editadas pela autoridade competente.

Essas ideias fundamentais do pensamento jurídico contemporâneo, sem dúvida, permeiam o enunciado vinculante da súmula em questão, versando sobre matéria multiplamente constitucional, porquanto em jogo, de um lado, o direito de segurança pública e o dever do Estado de investigar e apurar infrações penais, identificar e responsabilizar os seus autores e, de outro, direitos individuais, como o da ampla defesa e o exercício da profissão de advogado. Logo, a súmula tem “a virtude de consubstanciar um verdadeiro mandado de otimização ou de conciliação entre esses princípios igualmente constitucionais”.¹⁴⁻¹⁵

¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39-43

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91-92

¹⁴ Ideias e excerto textual retirados do voto proferido pelo Min. Carlos Ayres Brito no julgamento da Proposta de Súmula Vinculante em referência pelo Supremo Tribunal Federal, aprovada em 02/02/2009.

¹⁵ Debaixo desses princípios contrapostos, aqui, há um plexo de regras legais que lhes gravitam no desiderato de explicitar os respectivos conteúdos e facilitar a operatividade mais próxima aos fatos jurídicos. No Código de Processo Penal, por exemplo: (a) a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (art. 20); (b) a polícia judiciária terá, por fim, a apuração das infrações penais e da sua autoria (art. 4º), não se incluindo, evidentemente, a promoção da defesa do indiciado. Na Lei nº 12.850/2013, editada já sob a égide da Súmula Vinculante nº14: (c) o sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento (art. 23). Na Lei nº 8.906/94, como direitos do advogado: (d) examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital (art. 7º, XIV); (e) ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais (art. 7º, XV); (f) 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 (art. 7º, XXI).

Eis novamente os termos do enunciado vinculante aprovado pelo Supremo Tribunal Federal: 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.

De início, vale registrar que o enunciado, embora tenha feito referência genérica ao direito do *defensor* – substituindo-se a expressão *advogado*¹⁶ –, introduziu a finalidade de a prerrogativa ser exercida *no interesse do representado* (e não do investigado), tornando a linguagem tecnicamente mais relacionada ao contrato de mandato e ao seu instrumento de representação em juízo, que é a procuração *ad judicium*. Apesar disso, evidentemente, o verbete compreende o direito tanto dos advogados quanto dos defensores públicos, cujo vínculo com a parte assistida decorre funcionalmente da lei.

Mas a alusão à figura semântica do *representado* – definida mais sob o ângulo das relações profissionais do que em função do papel ocupado pelo interessado nas investigações – pode induzir a falsa ideia de que terceiros, ainda sem a condição formal de investigado, bastando a *representação*, tenham direito de acesso irrestrito aos elementos de prova já documentados no procedimento.

Parece fora de dúvida, contudo, que essa discussão somente se proponha em face de indiciados ou investigados, tal como foi travada nos julgados conducentes à edição do dispositivo sumulado,¹⁷ para cujos fins, na mesma toada, giraram os fundamentos decisórios expendidos pelo Supremo Tribunal Federal. Jamais de testemunhas, ofendidos ou quaisquer outros interessados, contra os quais o sigilo continua sendo o limite do peso suportado na balança dos princípios. Deveras, toda carga argumentativa a propósito da prerrogativa de exame dos autos pelo defensor, constituído ou público, desenvolve-se a partir da perspectiva de garantir “a prática de direitos básicos de que também é titular aquele *contra* quem foi instaurada, pelo Poder Público, determinada persecução criminal”.¹⁸

Entendimento contrário anularia por completo a característica do sigilo em investigações penais, porque qualquer pessoa, representada por defensor, poderia livremente acessá-las, dando curso às informações obtidas como bem lhe aprouvesse

¹⁶ A proposição inicial, originária da Ordem dos Advogados do Brasil, continha a seguinte redação: “o advogado constituído pelo investigado, ressalvadas as diligências em andamento, tem o direito de examinar os autos de inquérito policial, ainda que estes tramitem sob sigilo”.

¹⁷ STF, HC nº 88.520/AP, Plenário, rel. Min. p/ acórdão, DJ 19/12/07; HC nº 90.232/AM, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02/03/07; HC nº 88.190/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 06/10/06; HC nº 92.331/PB, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurelio, DJ 01/08/08; HC nº 87.827/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23/06/06.

¹⁸ Trecho do voto, prolatado pelo Ministro Celso de Mello, a propósito da Súmula Vinculante nº 14, valendo transcrever também a seguinte passagem da qual se extrai aquela conclusão, *in verbis*: “é por tal razão que se impõe assegurar, aos investigados e aos réus em geral, o acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada aos autos da persecução penal, mesmo porque o conhecimento do acervo probatório pode revestir-se de particular relevo para a própria defesa de qualquer deles”.

em prejuízo do interesse público na apuração e da imagem dos investigados, objetivo jamais concebido pela Suprema Corte. Além disso, o fim do sigilo não é compatível com a gradação compositiva própria de princípios antagônicos que a hermenêutica constitucional pretende alcançar.

Não se pode perder de vista, também, que a definição a respeito da posição ocupada pelo potencial interessado nas investigações, por meio do defensor, acha-se na esfera decisória da autoridade incumbida da condução do procedimento, seja o Delegado de Polícia, seja o membro do Ministério Público. Significa dizer que o interessado em conhecer os elementos de prova, entendendo-se *sponte sua* na condição de investigado, não pode exigir-lhes o acesso aos autos, pois a competência legal para valorar e definir formalmente, à luz dos indícios coletados, os papéis dos sujeitos – se investigado, colaborador, testemunha etc. –, em relação ao fato investigado, inserem-se no âmbito das respectivas instituições estatais.¹⁹

Outro aspecto relevante versa sobre a natureza do procedimento a que a súmula faz referência para franquear o exame pelo investigado e seu defensor. O enunciado alude a *procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária* e não a inquérito policial – embora, frise-se, o órgão condutor deva ter competência de polícia judiciária. A cláusula genérica, dessa forma, visa a incluir, no raio de incidência do preceito vinculante, não apenas o inquérito policial, como também as investigações penais instauradas pelo Ministério Público ou por autoridades militares que tenham competência para apurar crimes dessa natureza.

Mas remanesce a questão pertinente à aplicabilidade do verbete a procedimentos destinados à apuração de ilícitos não penais, em especial, ao inquérito civil a cargo do Ministério Público. A polícia judiciária não tem competência para investigação de ilícitos civis (art. 4º, CPP),²⁰ logo, pela literalidade, o enunciado não teria lugar no campo de investigações sobre atos de improbidade praticados por agentes públicos, dentre outras lesões aos direitos transindividuais. Não obstante, parece inescapável a incidência dos velhos brocardos segundo os quais *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde há a mesma razão, observa-se o mesmo direito) e *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio* (onde há a mesma razão, aplica-se a mesma disposição legal), de modo que a súmula vinculante nº 14 aproveita ao inquérito civil, sobre ele projetando os argumentos e as conclusões expendidos a propósito da sua edição.

De acordo com essas noções, pode-se concluir que o sigilo permanece como característica fundamental do inquérito policial e de investigações em geral previstas em lei, podendo ser excepcionado, sob certas condições, em favor daqueles que figurem

¹⁹ Vale registrar que o presente estudo *não* abarca a situação jurídica do investigado colaborador, cujo tratamento encontra regência detalhada, seus direitos e deveres, na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13).

²⁰ CPP, art. 4º - 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.

na posição de investigado, com vistas ao exercício da futura defesa em juízo acaso resulte na formulação de acusação pelo Ministério Público. *Cum grano salis*, subsiste a lição clássica do prof. Sergio Demoro, para quem “o sigilo na fase pré-processual do procedimento não importa qualquer restrição ao direito de defesa, tendo em vista que, até então, não existe acusação e, pois, não há falar em defesa”.²¹

Por consequência, testemunhas, ofendidos ou interessados não têm o direito de conhecer os elementos inquisitoriais, ainda que, sob tal condição, sejam convocadas a prestar depoimento. Nessa hipótese, a autoridade responsável, ao presidir o ato formal de oitiva, deverá esclarecer-lhes o objeto da investigação, bem como as razões pelas quais foram chamados a depor. Pelos mesmos motivos, tampouco poderão obter cópia do próprio depoimento, elemento de prova que, embora por eles fornecido, pertence à investigação, sigilosa por natureza. *Tollitur quaestio*, talvez, dissesse o nosso homenageado.

Vistas essas questões de ordem mais geral, podemos enveredar o estudo para um tema nevrálgico que, na prática, tem gerado dissenso entre os atores envolvidos na relação investigativa – delegados ou promotores e defensores ou investigados – sobre o conceito de *elementos de prova já documentados* em procedimento investigatório, enquanto condição para a abertura do sigilo em prol de sujeitos investigados.

2.2. O conceito de elementos de prova já documentados

Apesar de o sigilo em investigações criminais ter o apoio da Constituição, outras cláusulas magnas igualmente viabilizam o *acesso amplo* do investigado e seu defensor aos *elementos de prova já documentados no procedimento*, na síntese da expressão sumulada pelo Supremo Tribunal Federal. Na divergência que tem reinado sobre a matéria, o parâmetro interpretativo deve ser buscado, uma vez mais, na fundamentação dos votos que culminaram com a aprovação da súmula sempre sob a égide da realização *ótima* daqueles princípios conflitantes.

Nesse particular, a redação não teve a felicidade de expressar o verdadeiro sentido da ressalva quanto ao sigilo pretendido pela própria Suprema Corte, porque, com certeza, há elementos de prova já documentados nos autos, cuja ciência pelo defensor do investigado pode implicar obstáculo não desejado à efetividade da atividade investigatória. Curiosa fórmula, sequer aventada pela Ordem dos Advogados do Brasil, a qual colimava acesso às investigações, exceto em relação às *diligências em andamento*. Do ponto de vista gramatical, a locução “elementos não documentados”, que afasta o sigilo nos termos da súmula, não é sinônima de “diligências em andamento”: existem diligências em andamento documentadas nos autos, cujo acesso, literalmente autorizado, pode comprometer a eficácia da apuração estatal de forma inversa ao raciocínio jurídico subjacente ao enunciado aprovado.

²¹ *Op. cit.*, p. 29

Mas, para chegar àquele texto, o Supremo Tribunal Federal considerou a circunstância de que:

[a] autoridade policial pode, por exemplo, proferir despacho que determine certas diligências cujo conhecimento pode frustrá-las; a esses despachos, a essas diligências, o advogado não tem direito de acesso prévio, porque seria concorrer com a autoridade policial na investigação e, evidentemente, inviabilizá-la.²²

Ainda de acordo com esse fundamento decisório – que, de todo, permeia a discussão, valendo realçá-lo:

[d]a ementa consta textualmente: ter acesso amplo aos elementos que já documentados. Isto é, elementos de prova. Por isso, tal ementa resguarda os interesses da investigação criminal, não apenas das diligências em andamento, mas ainda das diligências que estão em fase de deliberação. A autoridade policial fica autorizada a não dar ciência prévia desses dados ao advogado, a qual poderia comprometer o resultado final das investigações.²³

E, apesar de documentadas, nem todas as diligências revelam-se acessíveis ao indiciado ou defensor, porque, conforme se acentuou, “há certos elementos que, embora já concluídos, indicam a necessidade da realização de outros”,²⁴ de tal modo que “as autoridades policiais continuarão autorizadas a estabelecer seu programa de investigação sem que os advogados lhe tenham acesso”, não podendo objetá-lo apenas quanto aos “elementos de prova já coligidos, mas que não apontem para outras diligências, que não impliquem conhecimento do programa de investigação da autoridade policial, enfim, que não cerceiem de nenhum modo o Estado no procedimento de investigação”.²⁵

Não bastassem todas as assertivas categóricas acima, a Corte Suprema também levou em conta, na dicção do enunciado, “um receio que é justo, de que o conhecimento prévio de uma diligência comprometa toda a linha da investigação. E, comprometendo toda a linha da investigação, o princípio da justiça penal eficaz resultaria vulnerado”,²⁶ o que não poderia ser, como não foi aceito.

²² Excerto reproduzido *ipsis litteris* do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso por ocasião da aprovação do verbete sumular nº 14, em 02/02/2009.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Trecho do voto proferido pelo Min. Carlos Ayres Brito no julgamento da Proposta de Súmula Vinculante em referência pelo Supremo Tribunal Federal, aprovada em 02/02/2009.

Logo, os operadores jurídicos devem observar a racionalidade do texto sumulado que, com aquela expressão, quis significar toda e qualquer diligência, ainda que incorporada aos autos, cujo conhecimento, a juízo motivado da autoridade competente, possa frustrar os fins da investigação consistentes no esclarecimento do fato criminoso e de sua respectiva autoria.²⁷

Diante disso, extrai-se a necessidade de fundamentação adequada para a decretação de sigilo em face do investigado e seu defensor pela autoridade competente nas investigações criminais, conforme será abordado a seguir.

2.3. A necessidade de fundamentação do sigilo em face do investigado

Depreende-se dos tópicos anteriores que o sigilo oposto contra quaisquer pessoas que não figurem como investigadas no procedimento (e seus advogados) decorre diretamente do sistema jurídico, dispensando manifestação formal da autoridade competente, que pode interditar-lhes o acesso aos elementos coligidos tão somente pela condição de terceiros em caráter geral.

Contudo, a faculdade, conferida pela súmula ao investigado ou a seu defensor de acessar os elementos de prova já documentados nos autos, exige que o agente da persecução decline as razões pelas quais a fruição de tal direito pode inviabilizar o resultado final do trabalho investigativo, indicando, selecionando e separando os indícios que podem ser examinados daqueles sobre os quais recai o sigilo.

Não parece juridicamente aceitável que a restrição ao direito fundamental de investigados possa ser praticada de forma arbitrária, sem a exposição concreta dos motivos que a justifiquem e permitam o controle sobre os atos persecutórios estatais. Com a distinção feita pela súmula – entre elementos acessíveis ou não, conforme o programa investigativo –, a ausência de decisão fundamentada deve acarretar o livre fluxo das informações coligidas entre o Estado e o investigado e seu defensor. Em princípio, o investigado, pessoalmente ou por seu advogado, tem o direito de conhecer todos os elementos informativos reunidos contra si, desde que não haja decisão restritiva fundamentada pela autoridade competente. Nesse caso, o agente da persecução deverá apontar as razões do sigilo à luz do interesse estatal, evidentemente, com a cautela necessária para, na própria decisão, não expor os elementos de prova cujo acesso negou a defesa.

²⁷ Por exemplo, um depoimento testemunhal, ao estampar números de telefones pelos quais eventuais crimes de extorsão vêm sendo praticado, *apesar de já documentado no procedimento*, não poderá ser franqueado ao advogado, pois o investigado saberá que pode ser monitorado e frustrará a investigação. Igualmente, se o testemunho indicar locais de armazenamento de armas e drogas ou pontos de entrega ou guarda de altas somas em dinheiro de origem ilícita, cientificado, o investigado adotará medidas capazes de inviabilizar a busca e apreensão. Da mesma forma, se a autoridade competente obtém, *por diligência documentada*, lista contendo nome de vítimas ou testemunhas a serem ouvidas, o conhecimento pelo investigado poderá constrangê-las com reflexos sobre a qualidade da prova. Enfim, há uma infinidade de situações em que, já documentados os elementos de prova nos autos, o acesso da defesa poderá inutilizar por completo o programa da investigação e os resultados a que se destina.

No âmbito do Ministério Público, o Conselho Nacional editou a Resolução nº 181 de 2017 que, com as alterações promovidas pela Resolução nº 183 de 2018, disciplinou a instauração, o trâmite e a sistemática do procedimento investigatório criminal a cargo da Instituição. Já sob o influxo do preceito vinculante edificado pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou a matéria concernente ao sigilo das investigações, normativa que não deixa de representar um parâmetro razoável para outras instituições encarregadas da atividade persecutória estatal.

Nesse sentido, a Resolução confirma que “o defensor poderá examinar, mesmo sem procuração, autos de procedimento de investigação criminal, findos ou em andamento, ainda que conclusos ao presidente, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital” (art. 9º, §1º), devendo “apresentar procuração, *quando decretado o sigilo* das investigações, no todo ou em parte” (art. 9º, §2º).

Além disso, dispõe que:

[o] presidente do procedimento investigatório criminal poderá delimitar o acesso do defensor aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências (art. 9º, §4º).

Portanto, a validade jurídica do sigilo decretado contra o investigado e seu defensor depende de fundamentação adequada em vista das contingências da investigação conduzida pelo membro do Ministério Público, pelo delegado de polícia, pela autoridade militar, cabendo-lhes, ademais, fixar a oportunidade e a extensão da medida.

Uma vez decretado o sigilo, surge outro problema relativo ao direito de participação do profissional da advocacia na inquirição de investigados e testemunhas, podendo, inclusive, apresentar razões e quesitos em procedimentos investigatórios, sob pena de nulidade dos respectivos elementos probatórios direta ou indiretamente dele derivados. Com efeito, a presença de advogado na colheita de depoimentos parece violar a ideia de sigilo. Nesse caso, cabe analisar a natureza e a extensão dessa faculdade, como, na sequência, procuraremos enfrentar.

2.4. Participação do profissional da advocacia em depoimentos colhidos na fase investigatória da persecução

No tópico derradeiro, analisaremos a aparente contradição entre a ideia de sigilo nas investigações penais e a prerrogativa legal de profissionais da advocacia em prestar assistência técnica a pessoas, investigadas ou não, durante a apuração de infrações, participando de interrogatórios ou depoimentos, podendo, inclusive, apresentar razões e quesitos no interesse do constituinte.

Tema imbricado com o sigilo, porque o cumprimento irrestrito da prerrogativa põe o advogado em contato direto com os indícios orais de prova no momento mesmo de sua produção e, ainda, pode conduzir a autoridade competente a expor elementos informativos, recobertos por sigilo, sem os quais a assistência técnica poderia não ser prestada de forma ampla e satisfatória.

Desdobramento do raciocínio anteriormente exposto é que tal prerrogativa – extensível ao defensor público – refere-se à assistência daquele contra o qual o Estado direciona o seu aparato repressivo, com o objetivo de velar pela observância das garantias individuais e impedir eventuais abusos na atividade persecutória estatal. É o que decorre do próprio texto legal ao prever o direito do advogado “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” (art. 7º, inc. XXI, Lei nº 8.906/94).²⁸

Mas não é incomum que testemunhas ou ofendidos, convocados a depor sob essa condição, compareçam acompanhados de advogado. Nessas hipóteses, parece razoável distinguir entre procedimentos investigatórios que tramitam sob sigilo expressamente decretado e aqueles em que o sigilo deriva da característica geral do sistema inquisitivo. No primeiro caso, não se mostra possível a concretização da assistência jurídica à testemunha ou ao ofendido, sendo incongruente a ideia de preservação de direitos individuais quando o Estado, contra eles, não exerce qualquer atividade persecutória, razão da norma legal. Além disso, tal prática generalizada representa burla aos fundamentos do sigilo decretado: *se todas* as testemunhas, por exemplo, se fizerem acompanhar por advogado – que acessarão os termos de *toda* prova oral produzida –, não se pode mais dizer que há sigilo algum. Levando o raciocínio para as fronteiras da ética, não seria demasiado concluir que a autorização indiscriminada poderia estimular a contratação de advogados pelo investigado para acompanhamento de testemunhas, com o fito de acessar, por via indireta, os elementos de prova que o Estado justificadamente lhe negou, frustrando os resultados da investigação. Já no segundo caso, em que o sigilo decorre da estrutura inquisitiva, a faculdade não compromete a eficácia da apuração estatal, logo, parece não encontrar impeditivo de ordem legal.

Essa faculdade de assistência técnica conferida à testemunha ou ao ofendido, no entanto, difere da outorgada ao próprio investigado, cuja falta pode acarretar a nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento, bem como de todos os elementos investigatórios dele derivados, direta ou indiretamente, nos termos da lei. A despeito

²⁸ Lei nº 8.906/94, art. 7º, inc. 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.

do elemento gramatical do preceito legal, a repisada tese de nulidade no inquérito não ganhou fôlego no Supremo Tribunal Federal.

Conforme tem se decidido:

[e]m que pese a alteração do art. 7º, XXI, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), promovida pela Lei nº 13.245/2016, ter implicado reforço das prerrogativas da defesa técnica, a falta desta na fase pré-processual não configura automaticamente nulidade do inquérito, mormente no caso sob exame em que o próprio indiciado dispensou a presença de advogado para acompanhar seu interrogatório. (STF, 2ª Turma, RHC nº 171.151/GO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/08/2019)

De qualquer sorte, apesar de a *faculdade* decorrer do texto da lei – e a ninguém é dado alegar o seu desconhecimento em benefício próprio –, parece recomendável que a autoridade condutora do procedimento advirta o investigado sobre a possibilidade de ser assistido por profissional da advocacia tanto no interrogatório quanto nos demais atos inquisitivos que dependam da sua participação pessoal, como o reconhecimento de pessoa ou a reprodução simulada dos fatos, o que não inclui o direito de presenciar ou participar, por si ou por advogado, da colheita de depoimentos testemunhais, conforme já decidiu a Suprema Corte. (STF, 2ª Turma, Pet. 7.612, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/03/2019) Nem de outros atos investigatórios.

Assegurada a assistência jurídica nessas hipóteses, torna-se necessário perquirir o modo pelo qual a prerrogativa pode ser exercida ou o papel que a defesa técnica pode assumir no interesse do representado. Em 1975, o prof. Sergio Demoro teve um poderoso *insight* ao escrever que a lei “veio permitir a quebra do sigilo do inquérito policial, mas não concedeu ao advogado o direito de participar de diligências, de inquirir testemunhas ou de qualquer outra forma participar da elaboração do inquérito”.²⁹

Sem dúvida, as prerrogativas previstas não conferem ao advogado o poder de concorrer com a autoridade estatal na apuração, dirigindo a tomada de depoimentos, interferindo na colheita da prova oral, confrontando depoentes, formulando perguntas à testemunha, ao ofendido, ao indiciado, nada disso. O defensor assume, quando admissível nas investigações, obrigação funcional passiva voltada à contenção de possíveis excessos estatais e à observância das garantias individuais.

É o que decorre da lei ao atribuir à defesa técnica o direito de *apresentar razões* no procedimento investigatório (art. 7º, XXI, alínea a, do Estatuto) e não outras competências que se acham na esfera discricionária da autoridade condutora da investigação. Como

²⁹ *Op. cit.*, p. 31

anteviu o festejado professor, “qualquer diligência que o indiciado venha a requerer seja realizada fica ao juízo da autoridade o deferimento ou não da providência. É ato discricionário da autoridade policial atender ou não ao pedido que lhe for formulado”, como preceitua taxativamente o Código de Processo Penal (art. 14).³⁰ Não foge dessa lógica a participação do defensor no contexto da colheita de elementos orais na fase inquisitiva, podendo, ao final do interrogatório ou depoimento, prestar esclarecimentos, apresentar razões, formular requerimentos, que deverão ser registrados e, se for o caso, decididos pela autoridade competente.

3. Conclusão

Nos últimos tempos, o direito processual penal penetrou nos domínios do poder político e econômico, inédita travessia cuja consequente potencialização das prerrogativas defensivas ensejou, paradoxalmente, a criminalização da conduta funcional de autoridades policiais e membros do Ministério Público. É desconcertante a ideia de que a defesa técnica do investigado possa ser exercida à custa da prisão de autoridades no procedimento: combate-se a repressão com o remédio da repressão, porém ministrado em doses cavalares no paciente errado.

Passou a configurar crime de abuso de autoridade negar ao interessado, ao seu defensor ou ao seu advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível (art. 32, Lei nº 13.869/19).

A simplicidade aparente da incriminação esconde a miríade de situações polêmicas da vida prática, como vimos, provocando grave insegurança jurídica e social. Jurídica, porque sequer há consenso no meio jurídico a respeito da abrangência objetiva e subjetiva do sigilo; social, porque o sigilo controvertido na investigação ameaça a autoridade e, por isso, desencoraja a sua adoção mesmo quando cabível, produzindo um quadro geral de ineficácia e impunidade.

Resgatando as ideias do prof. Sergio Demoro, o presente trabalho procurou oferecer, no cenário atual, critérios hermenêuticos seguros na temática do sigilo em investigações criminais que, a despeito da inovação nos marcos teórico e normativo, ainda representa um elemento de fundamental importância a todos quantos pretendam viver em uma sociedade civilizada. Com certeza, são ideias atemporais que, acesas nos candelabros mais altos da ciência processual penal, nunca se apagarão, pela centelha da virtude deixada no coração de tantas gerações.

³⁰ CPP, art. 14 – O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Colofão

Corpo Técnico

Luiza Helena Torezani
Coordenação-Geral

Agnaldo Alves
Controle Administrativo

Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração
Projeto Gráfico e Design Gráfico

Lucas Sampaio
Estagiário
Design Gráfico

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Anderson da Rocha
Revisão

Luiz Otávio Maia
Estagiário
Letras

Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital. A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*: revista.assina@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*: www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*: revista.publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*: revista@mprj.mp.br